Die Rechtsverhältnisse getrenntlebender Ehegatten

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Karl-Heinz Strack

Gerichtsreferendar aus Kassel

Marburg 1934

Buch- und Kunstdruckerei Riehm & Co. Kassel

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 8. September 1934

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. Franz Leonhard

Meiner Mutter

Inhalts-Verzeichnis

I. TEIL

Die Trennung

		Seite
1. Abschnitt	Begriff der Trennung	
§ 1	Einleitung	1
§ 2	Scheidung, Aufhebung, Trennung	2
§ 3	Die Trennung insbesondere	3
§ 4	Fälle der Trennung und Nicht-Trennung	5
2. Abschnitt		
§ 5	Bedeutung der Trennung	7

II. TEIL

Die Rechtsverhältnisse getrenntlebender Ehegatten

Die Regelung durch das Gesetz

1. Abschnitt	Grundsatz der Regelung	
§ 6	Grundsatz, §§ 1360, 1361, 1356, 1357 BGB	11
2. Abschnitt	Regelung im besonderen	
§ 7	Die drei wichtigsten Rechtskreise	12
1. Kapitel	Die Unterhaltspflicht	
§ 8	I. der in häuslicher Gemeinschaft lebenden Ehegatten	12
§ 9	II. der getrenntlebenden Ehegatten	18
§ 10	Die Herausgabepflicht als Besonderheit des § 1361 Abs. 1 BGB	22
§ 11	1. bei berechtigter Tennung	
	a) bei Mißbrauch nach § 1353 Abs. 2 BGB	24
§ 12	b) beim Vorliegen eines Scheidungsgrundes	26
§ 13	2. bei unberechtigter Trennung	
	a) seitens des unterhaltsberechtigten Ehegatten	29
§ 14	b) seitens des unterhaltspflichtigen Ehegatten	30
§ 15	III. Rechtsnatur des Unterhaltsanspruchs und sein Verhältnis zu anderen familienrechtlichen Ansprüchen	33
2. Kapitel	Die Rechtsverhältnisse bezüglich der Kinder	
§ 16	Die grundsätzliche Regelung. Wer behält die Kinder?	34
§ 17	Das Verkehrs- und Erziehungsrecht sowie Zuständigkeit des Prozeß- oder des Vormundschaftsgerichts. — Die Ansicht des Reichsgericht und Gegenansicht	41
3. Kapitel	Einzelne Bestimmungen des Eherechts	
§ 18	Die Vorschriften der §§ 1354 ff BGB, die Schlüsselgewalt insbesondere	46

III. TEIL

1. Abschnitt	Abweichende Regelung	
§ 19	a) durch das Vormundschaftsgericht nach § 1666 BGB	
	b) durch das Prozeßgericht gemäß § 627 ZPO	
	c) durch Vertrag zwischen den Ehegatten	47
2. Abschnitt		
§ 20	Zur prozessualen Geltendmachung des Unterhaltsanspruches	49

Literatur-Verzeichnis

Achilles-Greiff: Komm. zum BGB. Neueste Auflage
Blume, von: Komm. zum Verwandschaftsrecht. 1906
Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 4 1908
Davidsohn: Der Unterhaltsanspruch der verlassenen Ehefrau in DJZ 1901 S. 91 ff
Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 4. Auflage 1908.
Eccius: Der Unterhaltsanspruch der fortgewiesenen oder verlassenen Ehefrau, in DJZ 1901 S. 110 ff
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Familienrecht. 8. und 9. Auflage 1908
Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Familienrecht
Fischer-Henle: Handbuch des BGB. 7. Aufl. 1906
Gaupp-Stein: Komm. zur ZPO 8. und 9. Auflage 1906
Hue de Grais: Handbuch 1926
Jaeger: Komm. zur Konkursordnung
Leonhard: Bürgerliches Recht 1926
Leonhard, Franz: Die Beweislast, Berlin 1926. 2. Aufl.
Liebe: Das bürgerliche Recht, 2. Bd.
Ludewig: Die Unterhaltspflicht unter getrenntlebenden Ehegatten (Diss. Uni. Rostock)
Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. 1910
Motive: Zum BGB. Bd. IV Familienrecht
Neumann: Handausgabe des BGB. 4. Aufl. 1912
Opet-Blume: Das Familienrecht des BGB. Berlin 1906
Opet: Das Verwandtschaftsrecht des BGB, Berlin 1899
Planck: Komm. zum BGB Bd. 4 3. Aufl. 1907
Protokolle: zum BGB 4. Bd.
Reichsgerichtsräte: Komm. zum BGB (Abkürzg. RGRK)
Rocholl: Das Eherecht des BGB. 1900
Schmidt-Habicht: Komm. zum BGB. Familienrecht 1907
Schmidt: Die Unterhaltspflicht der getrenntlebenden Ehegatten (Diss. Gießen 1911)
Seuffert: Komm. zur ZPO. 8. Aufl.
Staudinger: Komm. zum BGB. 5.-6. Aufl. 1910
Warneyer: Komm. zum BGB
Wetzel: Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft, im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 26 S. 54 ff
Wieruszowski: Handbuch des Eherechts. Düsseldorf 1900

Zeitschriften

Archiv für bürgerliches Recht
Zentralblatt für die freiwillige Gerichtsbarkeit (ZBlFG)
Deutsche Juristenzeitung (DJZ)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ)
Entscheidungen des preußischen Oberverwaltunggerichts in Steuersachen (OVG)
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (Gruchot)
Juristische Wochenschrift (JW)
Das Recht (Recht)
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Rspr. OLG)
Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß (Sächs. Arch.)
Seufferts Archiv (Seuff. Arch.)
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung

I. TEIL

Die Trennung

1. Abschnitt

Begriff der Trennung

§ 1

Die Institution der Ehe ist zwar in erster Linie als engste Verbindung zweier Einzelmenschen, der Ehegatten, von rechtlicher Bedeutung, hat aber ferner ein besonderes Gewicht als Keim- oder Urzelle des Staates, der größten aller Gemeinschaften, mit denen sich der Gesetzgeber zu befassen hat. Deshalb hat dieser auch zu allen Zeiten und in allen Völkern der Ehe als Rechtsinstitution wegen ihrer besonderen, kurz angedeuteten Wichtigkeit entsprechende Sorgfalt und eingehende Regelung zuteil werden lassen. Das geltende Bürgerliche Gesetzbuch hat sich mit der Ehe im wesentlichen im 1. und 2. Abschnitt des 4. Buches, Familienrecht, auseinandergesetzt. Daß diese Regelung keine lückenlose ist, darf — abgesehen davon, daß jede Gesetzgebung der erstrebenswerten Vollkommenheit ermangeln wird — angesichts der Fülle der Erscheinungen und der Spielarten, welche die Ehe als umfassendste Gemeinschaft mit sich bringt, nicht sonderlich wundernehmen. Bezeichnend für die Vielseitigkeit dieser Erscheinung ist die Tatsache, daß im Bürgerlichen Gesetzbuch keine Definition des Begriffs der Ehegemeinschaft, welche dem Begriffe der Trennung logisch notwendig vorauszugehen hat, gegeben ist. Man hat auch nur wenige Versuche einer solchen Begriffsgebung gemacht, was angesichts der mehr theoretischen Bedeutung dieser Frage auch durchaus erklärlich ist.

Was ist also die Ehe? Treffend im Hinblick auf die zweifache Bedeutung der Ehe erscheint eine Fassung, welche die Ehe als die Gemeinschaft bezeichnet, zu welcher sich der Mann in freier Wahlverwandtschaft mit dem Weibe verbindet, in der die Natur des Mannes und Weibes ihre sittliche Bedeutung entfalten, und die durch Gründung der Familie, durch Erzeugung und Erziehung von Kindern den Zusammenhang der Familie mit dem Staate, dessen Aufbau durch sie, darstellt. (1)

---

1. Schmidt, Anthropologie S. 347 ff

Das Gesetz erspart sich eine solche Definition und beschränkt sich auf die Angabe einiger Wesenszüge. Nach ihm ist im Gegensatz zum kanonischen Recht die Ehe nicht unlöslich, vielmehr ist die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und, ausgedehnt bis zur völligen Lösung aller Bande, die Scheidung, beide durch richterliches Urteil, zugelassen. Diese beiden rechtlichen Möglichkeiten würden aber den tatsächlichen nicht genügen. So kann das vorhandene rechtliche Band praktisch stark gelockert sein, ein längerer oder gar dauernder Zustand, der doch niemals zur Auflösung der Ehe geführt wird. Dieser tatsächlichen Trennung hat der Gesetzgeber zwar Rechnung getragen, ohne jedoch schon ihre Bedeutung ganz zu überschauen und diesem Zustand eine entsprechend eingehende Regelung zuteil werden zu lassen. Immerhin gibt das Gesetz, im Ganzen genommen, genügend Anhaltspunkte zu einer befriedigenden Regelung der Rechtsverhältnisse der getrennt lebenden Ehegatten. Wo die gesetzgeberische Regelung keine klare Antwort gibt, ist bei der Erforschung des gesetzgeberischen Willens als Grundsatz voranzustellen, daß im Eherecht das sittliche Wesen der Ehe die Grundlage ist. Wie im Schuldrecht der Grundsatz von Treu und Glauben herrscht, soll bei der Auslegung des Gesetzes und der Beurteilung aller Rechtsverhältnisse der Ehegatten untereinander jenes sittliche Wesen bestimmend sein. Die Ehegatten sind zu einer solchen Lebensgemeinschaft berechtigt und verpflichtet, wie sie unter Berücksichtigung des Wesens der Ehe nach den jeweils vorvorliegenden Umständen für die Ehegatten gebührend und mit der rechten ehelichen Gesinnung vereinbar ist. (2)

§ 2

Das Gesetz gibt demnach die drei Möglichkeiten der Scheidung (§§ 1564 ff), der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§§ 1575/6) (3) und der tatsächlichen Trennung. Der Unterschied besteht in folgendem:

1. Die Scheidung bedeutet die vollständige Auflösung der Ehe. An die Stelle der mit der Eheschließung eingetretenen Wirkungen treten völlig neue.

2. Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ist ebenfalls eine Auflösung, aber eine solche geringerer Wirkung, da eine Bindung insofern bestehen bleibt, daß eine Wiederverheiratung mit einer dritten Person ausgeschlossen ist, andererseits kein neuer formeller Eheschließungsakt zur Wiederherstellung der ursprünglichen, gleichsam in ihren meisten Wirkungen ruhenden, Ehe notwendig ist. Dazu

2. Mot. IV S. 104 f
3. Bei Paragraphen ohne Zusatz handelt es sich um die Bestimmungen des BGB.

genügt die tatsächliche Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft. Die völlige Ehescheidung kann freilich von jedem der Ehegatten auf Grund des Urteils durch Antrag herbeigeführt werden (§ 1576 Abs. I), wie bis dahin schon im übrigen die Wirkungen der Scheidung eingetreten sind.

3. Die tatsächliche Trennung ist demgegenüber eine reine Tatsache, eine nur tatsächliche, nicht rechtliche Lockerung des ehelichen Bandes, welche gewisse rechtliche Wirkungen auslösen kann. Die rechtlichen Wirkungen der Ehe bleiben wesentlich unberührt, ein gerichtliches Eingreifen ist nicht notwendig, im Gegensatz zur Scheidung und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, die beide durch rechtsgestaltendes Urteil herbeigeführt werden.

Durch die Trennung wird also der Bestand der Ehe nicht beeinträchtigt, die Rechte und Pflichten bleiben, wie später noch eingehender zu behandeln sein wird, grundsätzlich bestehen. So bleibt die Verpflichtung zu ehelicher Treue; die Frau teilt weiterhin den Wohnsitz, also auch den allgemeinen Gerichtsstand des Mannes (ZPO § 13) (4), auch den Namen des Ehemannes behält sie. Die Regelung der Schlüsselgewalt richtet sich nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles. Auch in dem bestehenden Güterstand tritt keine Veränderung ein. Das gilt ferner auch grundsätzlich von der elterlichen Gewalt des Vaters und der Nebengewalt der Mutter über die Kinder (§§ 1627 ff), was freilich in der praktischen Durchführung oft ganz besondere Schwierigkeiten bereitet, wie noch aufgezeigt werden wird. Wichtig ist ferner, daß das Erb- und Pflichtteilsrecht beim Getrenntleben erhalten bleibt. Dies bedeutet einen erheblichen Unterschied gegenüber dem Falle der Scheidung, wo die Ehegatten dieses Recht nicht mehr haben (vergl. § 2303).

Besondere rechtliche Wirkungen aber kann die Trennung auslösen vor allem bezüglich der Unterhaltungsverpflichtung der Ehegatten.

§ 3

Wann liegt nun eine Trennung der Ehegatten vor? Das Reichsgericht hat in einem Urteil vom 22. Januar 1903 (5) eine Definition der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft gegeben, die als im Wesentlichen gelungen vorangestellt werden mag:

„Die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft i. S. des § 1571 Abs. II (vergl. § 1361) wird bewirkt durch eine Abwesenheit aus der Ehewohnung, die außerhalb des gewöhnlichen und natürlichen Laufes der Dinge, insbesondere außerhalb der Anforderungen des

---

4. RGZ 59/337 ff.
5. RGZ 53/337 f

Berufes oder sonstigen Geschäften des abwesenden Gatten erfolgt, mag die Abwesenheit auf seinem freien Entschlusse beruhen oder infolge äußeren Zwanges stattfinden."

Zu dieser Definition ist zunächst lediglich zu sagen, daß unter „Abwesenheit aus der Ehewohnung" auch solche Fälle mit einzubegreifen wären, in denen es sich mangels einer eigenen ehelichen Wohnung, wie das in Kriegs- und Notzeiten oft vorkommt, um ein Fernsein vom anderen Ehegatten handelt. Sonst ist der Definition zuzustimmen, wobei der Ton darauf zu legen wäre, daß die Abwesenheit außerhalb des gewöhnlichen und natürlichen Laufes der Dinge, insbesondere außerhalb der Anforderungen der Berufs- und sonstigen Geschäfte liegt.

Die vom Reichsgericht gekennzeichnete Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft im Sinne des § 1571 ist der Trennung des § 1361 ohne Bedenken gleich zu setzen. Von Interesse ist in diesem Zusammenhang das Verhältnis der „häuslichen" zur früher genannten „ehelichen" Gemeinschaft, wenn diese Frage auch für die praktische Anwendung des § 1361 ohne besondere Bedeutung ist. Die eheliche Gemeinschaft ist im Vergleich zur häuslichen Gemeinschaft der Oberbegriff; letztere ist in der ersteren notwendig enthalten (6), ohne sie aber zu erschöpfen. Vielmehr gehören zur ehelichen Gemeinschaft noch andere eheliche Pflichten, z. B. die Geschlechtsgemeinschaft, gegenseitige Anteilnahme, Aussprache, geistige Gemeinschaft u. a., wie jene überhaupt alle Rechte und Pflichten umfaßt, die sich aus dem Wesen der Ehe ergeben. Der Gegensatz der häuslichen Gemeinschaft ist aber unstreitig das Getrenntleben, und zwar ihr contradiktorischer Gegensatz, so daß überall da, wo häusliche Gemeinschaft, kein Getrenntleben vorliegen kann und umgekehrt (§ 1571 Abs. II) (7).

Das Reichsgericht unterscheidet demnach einen subjektiven, auf dem Willen eines der Ehegatten beruhenden, und einen objektiven, durch den Zwang der Ereignisse eintretenden Trennungsgrund. Wesentlich ist in jedem Falle das Vorliegen einer **tatsächlichen** Trennung. Das ergibt sich einmal aus der Stellung des § 1361, der sich mit der Unterhaltungsgewährung im Falle des Getrenntlebens befaßt, im gesamten System des Familienrechts. Die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten nach erfolgter Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft sind wesentlich anders und nach besonderen Gesichtspunkten geregelt. Vor allem aber spricht die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift dafür.

---

6. RGRK § 1567(3); RGZ 53/340; RG in JW 00/658(8) und 10/817(38).
7. vergl. **Staudinger** § 1361 A. IIa u. a.

Der § 1361 stimmt nämlich sinngemäß mit dem § 1460 des ersten Entwurfes überein, welcher die Unterhaltspflicht im Hinblick auf die im § 1444des Entwurfes erster Lesung gestattete zeitweise Trennung von Tisch und Bett regelte. Diese Vorschrift entsprang konfessionellen Erwägungen; den gegen eine Scheidung bestehenden Bedenken der katholischen Bevölkerung sollte mit ihr Rechnung getragen und die Möglichkeit geschaffen werden, den Zwang zu einem weiteren Zusammenleben in ehelicher Gemeinschaft zu beseitigen, ohne aber die infolge ihres sakramentalen Charakters unlösliche Ehe im übrigen anzutasten (8). Nach kanonischem Recht war diese Scheidung von Tisch und Bett als rechtlich anerkannter Zustand der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft auf bestimmte und unbestimmte Zeit in solchen Fällen möglich, in denen Verhältnisse gegeben waren, die das fernere Zusammenleben der Ehegatten zur unerträglichen Last werden ließen (9).

Dieser Zustand fand mit Ablauf der im Urteil bestimmten Zeit sein Ende; während dieser Zeit hatte keiner der Ehegatten einen Rechtsanspruch gegen den anderen auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft. Der erste Entwurf des BGB hatte sich diesem kanonischen Vorbild angeschlossen und wollte die Scheidung von Tisch und Bett, allerdings unter eng begrenzten Voraussetzungen, zulassen, nämlich daß durch schwerwiegende Fehlgriffe eines der Ehegatten, wie Mißhandlung, ehrloses und unsittliches Verhalten sowie Begehung von Verbrechen und Vergehen, die Ehe tiefgehend zerrüttet sei; aber nicht über einen Zeitraum von zwei Jahren hinaus, da diese Trennung als Versöhnungsmaßregel gedacht war (10). Gemäß § 1445 des Entwurfes sollte der Ehegatte, der das Urteil erwirkt hatte, im Wege einer neuen Klage die Scheidung auf Grund des Urteils verlangen können. Die zweite Kommission hat schließlich die Trennung von Tisch und Bett für überflüssig gehalten, nachdem für die Belange der Ehegatten die im § 627 ZPO und im Scheidungsprozeß dem Richter gegebenen Möglichkeiten ausreichend erschienen (11).

§ 4

Es ist also zur „Trennung", wie auch die Definition des Reichsgerichts sagt, zunächst einmal die tatsächliche Trennung notwendig, wobei es sich wesentlich um eine räumliche Trennung handeln wird. Dies kann auch ohne Wechsel des Wohnortes oder auch des

8. Davidsohn S. 108/9; Planck IV Nr. 1 zu § 1361.
9. Seuff Arch. 17 Nr. 55, 27 Nr. 140; Mot. IV S. 579
10. Mot. IV S. 593 f.
11. Im übrigen vergl. zur Geschichte Mot. IV S. 578/9

Wohnhauses erreicht sein, wenn nur die Ehegatten als sich gegenseitig fremde Menschen in völliger Trennung leben (12). Es wird sich in der Regel so verhalten, daß entweder ein Gatte sich aus der gemeinsamen ehelichen Wohnung und Haushaltung entfernt oder ein Gatte sich beharrlich weigert, den anderen bei sich aufzunehmen. Das kann sich sogar innerhalb derselben Wohnung abspielen, wenn sich die Ehegatten nur in gesonderten Zimmern unter Vermeidung jeden Verkehrs aufhalten (13). Gerade dieser äußerste Grenzfall hat in wirtschaftlich schweren Zeiten besondere praktische Bedeutung, weil nur zu oft junge Ehegatten nicht imstande sind, eine eigene Wohnung zu halten, und die Wohnung der Eltern des Mannes oder der Frau teilen müssen, wobei der sich trennende Ehegatte in derselben Wohnung gleichsam als Untermieter wohnen bleibt. Ein Recht der Frau auf Weiterbenutzung der gemeinsamen Ehewohnung besteht jedoch nicht (15). Wenn sie sich vom Manne trennt, muß sie dies völlig tun. — Praktisch stellt sich die Trennung demnach als die Auflösung der gemeinsamen Haushaltung, der Wirtschaftsführung sowie der Geschlechtsgemeinschaft, dar.

Diese tatsächliche Trennung allein genügt aber noch nicht, um ein Getrenntleben im Sinne des § 1361, auf den später genauer einzugehen ist, herbeizuführen, wie auch nicht jedes Entferntsein eine Trennung bedeutet. Hier entstehen oft gewisse Schwierigkeiten angesichts zahlreicher Fälle, in denen lediglich ebenfalls eine tatsächliche Trennung vorliegt. Nötig ist vielmehr als zweites Merkmal jenes Getrenntlebens, daß wenigstens auf der Seite eines Ehegatten der subjektive Trennungswille, der Wille zum Getrenntleben für längere Zeit vorhanden ist, der durch die tatsächliche Trennung betätigt wird. Dieses Merkmal gibt die Möglichkeit der Unterscheidung zwischen den Fällen des wirklichen Getrenntlebens und denen des „unterbrochenen Zusammenlebens" (16). Die hervorragendsten Beispiele der zweiten Kategorie sind die Forschungsreise und die Trennung von Künstlerehepaaren durch verschiedene Engagements. Hier wird das Zusammenleben der Gatten durch außergewöhnliche Umstände unmöglich gemacht, während die Ehegatten nach wie vor den Willen zur ehelichen Wiedervereinigung haben. In diesem Willen zur Wiedervereinigung nach Behebung der Störung, in der unverändert fortbestehenden geistigen Gemeinschaft begründet sich der Fortbestand der

12. Staudinger § 1567, 2a; Wetzel S. 81 f.
13. OLG 2/329; Recht 1903/551
15. JW 1910/707
16. Vgl. OLG 5/399; RG in JW 02/14, Wetzel S. 85 f; RGRK § 1361, 4.

ehelichen Lebensgemeinschaft. Auch die Motive sehen solche Fälle in gleicher Weise an, als ob die Ehegatten zusammenlebten (17). In solchen Fällen ist der Unterhalt gemäß § 1360 zu gewähren.

Im gleichen Sinne erfordert das Oberverwaltungsgericht (18) für den Begriff der dauernden Trennung auch die erkennbare Absicht, die Trennung auf längere Dauer festzuhalten. Nach alledem kann für die Hauptfälle des „unterbrochenen Zusammenlebens" zusammenfassend gesagt werden: Ein Getrenntleben ist nicht gegeben, wenn bei einer Reise des einen Ehegatten, gleichgültig welcher Dauer und Größe der Entfernung, der andere wie bisher den ehelichen Haushalt besorgt und benutzt. Das gilt ebenfalls von einer durch Krankheit bedingten Trennung, wenn nur der in der Anstalt befindliche kranke Ehegatte die Absicht und Aussicht der Rückkehr hat (19). Auch die Verbüßung einer Strafhaft gehört hierher, es sei denn, daß der freie Ehegatte im Hinblick auf die Bestrafung des anderen sich einen neuen Haushalt gründet. Das Getrenntleben liegt hier aber erst in der zweiten Trennung und dem dabei vorhandenen Trennungswillen, nicht schon in der ersten, durch die Strafhaft bedingten, Trennung begründet.

2. Abschnitt

§ 5

Schon aus der früher dargestellten Geschichte des jetzigen § 1361 BGB ergibt sich, daß das Getrenntleben nur als ein zeitlich begrenzter Zustand gedacht war, wie die Trennung von Tisch und Bett im ersten Entwurf eine bestimmte Höchstgrenze aufwies. Daraus konnte zunächst mit Recht von vielen der Schluß gezogen werden, daß der Gesetzgeber diesen Zustand zwar gesetzlich anerkannt, aber als einen unerwünschten etwas stiefmütterlich behandelt habe mit der Grundeinstellung, die Dauer dieses Zustandes müsse möglichst verkürzt werden. Diese Bewertung des Getrenntlebens als eines Übergangsstadiums mag den Verhältnissen um die Jahrhundertwende durchaus angemessen gewesen sein, und der Gesetzgeber war zur damaligen Zeit vielleicht gar nicht in der Lage, die ungleich größeren Möglichkeiten des von ihm, bezeichnenderweise erst in einer späteren Lesung des Gesetzes, geschaffenen Instituts zu überblicken.

Zunächst war es doch so gedacht, daß in gewissen leichteren Fällen von Zerrüttung der Familienverhältnisse das Radikalmittel der Scheidung vermieden und ein Interimszustand geschaffen werden sollte, der die Möglichkeit einer Aussöhnung offen ließ, ja geradezu

17. Mot. IV S. 124
18. OVG v. 7. 3. 1893 Entsch. 1/252.
19. betr. Geisteskrankheit vgl. Wetzel S. 85 f.

nahelegte, anderenfalls er seine Zwecke als ein reibungsfreies Durchgangsstadium zur Scheidung erfüllen würde. Der Gesetzgeber hatte dabei immer in erster Linie die Aussöhnung im Auge, die er nach Möglichkeit als erstrebenswert förderte, indem er z. B. vor allem den Unterhalt durch eine Geldrente gewähren läßt, um jede neue Reibung, die bei einer Naturalleistung, nämlich dem damit notwendig verknüpften Zusammenleben leicht möglich ist, auszuschließen. Die Ehegatten sollen sich gleichsam beruhigen, das Für und Wider des Getrenntlebens und einer eventuellen Scheidung leidenschaftslos erwägen, um schließlich die Wiedervereinigung als das bessere Teil zu wählen. Andererseits gibt es Fälle, in denen der an der Zerrüttung stärker betätigte Ehegatte in dieser Zeit des Abstandsgewinnens und der Selbstbesinnung seine persönlichen Schattenseiten erkennen und bessern sowie die guten Seiten seines Ehegatten wieder schätzen lernen mochte. An alles das hat der Gesetzgeber zweifelsohne in erster Linie gedacht; in jedem Falle rechnete er mit einer Beendigung dieses Zustandes, hoffentlich durch Wiedervereinigung, anderenfalls durch Scheidung.

Die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse nach dem Kriege und auch in den letzten Jahren aber haben es mit sich gebracht, daß das Getrenntleben in sehr vielen Fällen zu einem Dauerzustand wurde. Man sagt wohl im Volksmunde nicht ohne Grund, daß Geld zwar nicht glücklich macht, aber doch die Nerven beruhigt. Mit anderen Worten, in den wirtschaftlich schweren Zeiten nach dem Kriege stießen persönliche Gegensätze in der sozial und wirtschaftlich bedingten Enge des Zuhauses mehr denn je aufeinander. Das sittliche Wesen der Ehe wurde durch Zerwürfnisse aller Art und fortwährende aufreibende Streitigkeiten zwischen den Ehegatten derart zerrüttet, daß diesen ein weiteres Zusammenleben unmöglich wurde. Viele Ehegatten haben dann aus ideellen Gründen, vornehmlich mit Rücksicht auf die Erziehung und Zukunft der Kinder oder aus gesellschaftlichen Gründen oder ihrer Religion wegen die Trennung der Scheidung vorgezogen.

Neben diesen ideellen Erwägungen traten aber auch, hervorgerufen oder wenigstens gefördert durch den Druck der gekennzeichneten wirtschaftlichen Verhältnisse, materielle Gesichtspunkte auf, derart, daß im Falle einer Scheidung eine Gefährdung des Unterhalts der Frau durch Wiederverheiratung des Mannes zu befürchten stand; ferner bleibt, wie früher schon gestreift, dem Getrenntlebenden, nicht aber dem geschiedenen Ehegatten das Erb- und Pflichtteilsrecht erhalten.

Hier könnte nun eingewendet werden, daß für solche Fälle doch die gesetzliche Möglichkeit der „Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft“ geschaffen sei. Dem ist entgegen zu halten, daß diese etwas unsichere Institution sich gerade nicht großer Beliebtheit erfreut, vielmehr sehr

selten in Anspruch genommen wird. Der gangbarere Weg der „Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft“ wird hier vorgezogen, zumal man diesen mit denselben Gründen, ja noch viel leichter beschreiten kann, da neben den Scheidungsgründen, die zur „Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft“ führen können, schon ein „Mißbrauch“ eines Ehegatten zur Trennung berechtigt, letztere demnach in weiterem Umfange möglich ist (20). Die Ehegatten haben es dabei nicht nötig, den großen, umständlichen und oft mit großem Ärger verbundenen, auch kostspieligen Prozeßapparat durch eine Scheidungsklage in Gang zu setzen, sie trennen sich einfach, indem die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft verweigert wird. Man (21) hat nicht mit Unrecht die richterlich bestätigte „Aufhebung“ als „einen rechten Balg“, die tatsächliche Trennung als „dessen kerngesunden Zwilling“, der bisher wenig gepflegt worden sei, bezeichnet.

In vielen Fällen wird die Lage des getrenntlebenden Gatten günstiger als die eines geschiedenen sein, selbst wenn der andere Teil für alleinschuldig erklärt ist; das gilt für die Frau besonders dann, wenn der Mann sich wieder verheiratet. Freilich wird die Frau beim Vorhandensein gemeinschaftlicher Kinder sehr oft die Scheidung vorziehen, da im Falle der bloßen Trennung die elterliche Gewalt über die Kinder, wie später behandelt werden wird, beim Vater bleibt.

Aus alledem ergibt sich, daß es nichts Außergewöhnliches, vielmehr ein häufiger Fall ist, wenn sich die Trennung zu einem dauernden Zustand entwickelt, der meist auch die den Verhältnissen am besten entsprechende Lösung der ehelichen Zerrüttung darstellt. Die geschilderten Vorzüge dieser leicht erreichbaren Lösung werden bestätigt durch die große Zahl der tatsächlich getrenntlebenden Ehegatten — ein vom Gesetzgeber ungewollter Erfolg! —, wie auch die zahlreichen Entscheidungen höchster Gerichtshöfe zu dieser Institution ihre große praktische Bedeutung erkennen lassen (23). So ist in vielen Fällen tatsächlich ein Zustand geschaffen, welcher in seinen äußeren Wirkungen der Trennung von Tisch und Bett erheblich nahekommt, mit dem wesentlichen Unterschied, daß im Falle des Getrenntlebens ein richterliches Eingreifen gar nicht stattfindet.

In den jüngsten gesetzgeberischen Bestrebungen und in der ihnen zugrundeliegenden Weltanschauung, die die Ehe als Keimzelle des Staates, als in jeder Beziehung zu fördernde Lebensbasis des Volkes und seiner Zukunft an die erste Stelle der wertvollen Rechtsgüter stellt, wird die Erhaltung der Ehen entschieden gefördert. Dennoch

20. vgl. Crome § 566 Bem. 8.
21. Wetzel S. 56
23. Wetzel S. 55/8.

widerspricht das nicht einer Ausbreitung der behandelten Rechtsform. Grundsätzlich muß jeder Gesetzgeber eines noch lebensstarken Volkes der Lösung und auch nur Auflockerung des ehelichen Bandes mit Abneigung gegenübertreten, weil diese Möglichkeiten, allzu lasch oder gar entgegenkommend gehandhabt, die gesamte Volkskraft auf die Dauer untergraben können. Das schließt aber nicht aus, den nun einmal vorhandenen menschlichen Unzulänglichkeiten entsprechend, auch die auflösenden Rechtsinstitute sorgfältig auszugestalten. Dies gilt besonders für die Trennung, weil sie eine noch stärkere Auflösung vermeidet. So gesehen, kommt dem Getrenntleben auch im Rahmen der neuen Eherechtsbestrebungen eine erhebliche Bedeutung zu. Besteht doch hier die Möglichkeit, bei ehelicher Zerrüttung nicht nur auf gesellschaftliche und religiöse, sondern auch auf materielle Hemmungen Rücksicht zu nehmen, vor allem aber im Hinblick auf die Kinder einen völligen Bruch zwischen den Eltern zu vermeiden. Einem leichtfertigen Gebrauchmachen von dieser Möglichkeit wird doch am besten dadurch entgegengetreten, daß das gesamte Volk wieder zu einer tieferen ethischen Grundeinstellung zur Ehe überhaupt erzogen wird. Es war notwendig, einmal ausführlicher, als das bisher geschehen, zu dieser Frage der Bedeutung der gesetzlichen Möglichkeit des Getrenntlebens Stellung zu nehmen.

II. TEIL

Die Rechtsverhältnisse der getrenntlebenden Ehegatten Die Regelung durch das Gesetz

1. Abschnitt

Grundsatz der Regelung

§ 6

Durch die Trennung wird der Bestand der Ehe nicht beeinträchtigt; es darf insoweit auf das im § 2 unter Ziffer 3 Gesagte verwiesen werden. An den Anfang dieses Abschnittes, der sich nunmehr mit der gesetzlichen Regelung der an die Trennung im einzelnen geknüpften tatsächlichen und juristischen Wirkungen beschäftigen soll, kann der Satz gestellt werden, daß alle Rechte und Pflichten grundsätzlich bestehen bleiben. Seinen äußeren Ausdruck findet dies in der Tatsache, daß der Gesetzgeber dieser Institution keinen besonderen Abschnitt gewidmet hat, die gesetzliche Regelung vielmehr dem Gesetze als ganzem entnommen werden muß, indem lediglich einzelne Abweichungen von dem genannten Grundsatz klar aus dem Gesetz hervorgehen. So spricht sich der Gesetzgeber in den §§ 1358 Abs. 3, 1361 Abs. 1 ausdrücklich über das Getrenntleben als eine juristische Tatsache aus, an die sich bestimmte Rechtswirkungen knüpfen, wobei es in nichts verschlägt, daß in der erstgenannten Vorschrift von einer „aufgehobenen häuslichen Gemeinschaft“ die Rede ist. In anderen Fällen, so §§ 1356, 1357, ist die rechtliche Bedeutung der Trennung nur inderekt daraus zu entnehmen, daß für die dort behandelten Rechtswirkungen eine häusliche Gemeinschaft notwendige Voraussetzung ist, im Falle des Getrenntlebens also diese Rechtswirkungen wenigstens ausgeschlossen sind, von dem dadurch bedingten Eingreifen anderer Vorschriften ganz zu schweigen. Dabei braucht die häusliche Gemeinschaft nicht einmal ausdrücklich hervorgehoben zu sein, es genügt, daß die Vorschrift von ihr stillschweigend bedingt ist (24). In anderen Fällen gibt der Eintritt des Getrenntlebens schon bestehenden Rechts-

24. z. B. § 1354

verhältnissen erst praktische Bedeutung, so dem Herausgabeanspruch des Vaters in Ansehung der Kinder gegen die Mutter (25).

Diese Vorschriften ergeben wiederum in einzelnen Fällen durch Verbindung mit anderen Vorschriften des Familienrechts, welche besondere Regelung beim Getrenntleben eingreifen soll. So wird z. B. die eheliche Unterhaltspflicht als solche durch ein berechtigtes Getrenntleben nicht berührt; wie aber der Unterhaltsanspruch in diesem Falle geregelt werden soll, wird durch § 1361 bestimmt, der wiederum nur in Verbindung mit § 1360, wo die Unterhaltspflicht bei bestehender ehelicher Gemeinschaft behandelt wird, verständlich wird.

2. Abschnitt
Regelung im Besonderen

§ 7

Bei der Regelung der einzelnen rechtlichen Wirkungen drängen sich in der Hauptsache drei Rechtskreise auf, in welche das gesamte Gebiet zerfällt. Die beiden ersten Kreise wiederum erfassen zwei Kernfragen, nämlich die Unterhaltsverpflichtung und -gewährung sowie die elterliche Gewalt des Vaters und die Nebengewalt der Mutter in ihrer Ausübung, während in dem dritten Kreise die übrigen Einzelvorschriften des Eherechts zu finden sind. In dieser Dreiteilung soll die gesetzgeberische Regelung im folgenden entwickelt werden.

1. Kapitel
Die Unterhaltspflicht

§ 8

Die eheliche Unterhaltspflicht und -gewährung bei bestehender ehelicher Gemeinschaft ist, wie gesagt, in § 1360 geregelt, wogegen der Unterhaltsanspruch der getrenntlebenden Ehegatten im § 1361 behandelt ist. Letzterer bildet keinen ausschließlichen Gegensatz zu § 1360, sondern greift vielmehr erläuternd und auch abändernd in die dort getroffene Regelung ein. Die beiden Bestimmungen ergänzen sich also. Während § 1361 die Art und Weise der Unterhaltsleistung für den besonderen Fall des Getrenntlebens unter bestimmten, später zu behandelnden Voraussetzungen regelt, ist § 1360 für Maß, Inhalt und Umfang des Unterhalts auch in diesem besonderen Falle maßgebend. Diese Unterhaltspflicht gemäß § 1360 ist demnach notwendig der weiteren Erörterung voranzustellen.

25. § 1632

Die Unterhaltspflicht überhaupt setzt eine gültige Ehe voraus. Im Falle der Nichtigkeit (26) entstehen keine Eheverpflichtungen, während die vernichtbare Ehe bis zum Urteilserlaß rechtswirksam ist.

Der Mann hat nach § 1360 Abs. I der Frau Unterhalt zu gewähren nach Maßgabe seiner Lebens-, also sozialen Stellung, seines Vermögens und seiner individuellen Erwerbsfähigkeit, wobei die sich aus diesen drei Faktoren ergebende Gesamtlage festzustellen ist. Die Frau kann den daraus herzuleitenden standesgemäßen Unterhalt verlangen, wobei eine Bedürftigkeit ihrerseits keinesfalls Voraussetzung ist. Da dem Mann nach § 1354 Abs. I die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zusteht (27), gehört dazu auch die Einrichtung der wirtschaftlichen, insbesondere gesellschaftlichen Lebenshaltung, sozusagen des Lebensstandards der Familie (28). Die Verhältnisse des Verpflichteten sind bei der Bestimmung des standesgemäßen Unterhalts nur insoweit zu berücksichtigen, als hierdurch die Lebensstellung des Berechtigten selbst beeinflußt wird (29). Im Regelfalle wird die Lebenshaltung der Frau der des Mannes gleichen, so daß der standesgemäße Unterhalt der Frau im allgemeinen nach den Verhältnissen des Mannes ausgerichtet werden kann.

Über den standesgemäßen Unterhalt hinaus kann die Frau nichts beanspruchen, darin liegt die Begrenzung ihres Unterhaltsanspruches. Zweifel können insoweit entstehen, als der Mann etwa luxuriös und über seine Verhältnisse hinaus lebt. Kann die Frau in diesem Falle einen Unterhalt verlangen, der ihr ein gleiches Leben gestattet? Die Ansichten sind geteilt; man kann über die Bestimmung des hier „Standesgemäßen" im wesentlichen zwei Theorien feststellen: die sogenannte objektive Theorie will den Unterhalt der Frau allein nach den objektiv vorhandenen Mitteln des Mannes bemessen, während die subjektive Theorie der Frau in solchen Fällen den gleichen über die Verhältnisse des Mannes hinausgehenden Unterhalt zugesteht. Grundsätzlich soll die Lebenshaltung der Frau der des Mannes gleichgestellt sein, wie sie auch mit dem Eintritt in die Ehe als innigste Gemeinschaft zugleich in den Stand des Mannes eintritt. Wenn dieser Stand den Mann zu besonderen Aufwendungen zwingt, muß die Frau daran teilhaben; es ist also grundsätzlich der subjektiven Bemessung des Unterhalts (30) zuzustimmen. Doch dürfte im besonders gelagerten

26. § 1324 Abs. I
27. vgl. § 1354 Abs. I „bestimmt" für den Fall des Getrenntlebens; dazu JW 08/110.
28. Staudinger zu § 1354 Nr. 1.
29. Mot. IV. 697 ff.
30. Vgl. Wieruszowski S. 87 ff.

Einzelfalle auch einmal eine objektive Bemessung angebracht sein, so wenn z. B. ein Arzt oder Anwalt aus Repräsentationsgründen gezwungen ist, weit über seine Verhältnisse zu leben. In solchen Fällen dürfte die normale Leistungsfähigkeit des Mannes der Bemessung des Unterhalts zugrunde zu legen sein (31, 32).

Im übrigen ist die Unterhaltspflicht der Ehegatten eine unbegrenzte; der vermögende Gatte muß alles teilen. Eine Gefährdung des eigenen standesgemäßen Unterhalts bleibt außer Betracht (33). Einzige Grenze für die Unterhaltspflicht des Mannes ist seine Leistungsfähigkeit, gemessen an den in § 1360 Abs. I genannten drei Elementen. Besitzt er Vermögen, ist aber nicht erwerbsfähig, so kann die Frau standesmäßigen Unterhalt verlangen, wenn die Einkünfte aus dem Vermögen zu einer derartigen Lebenshaltung beider Ehegatten ausreichen. Sie kann dies auch dann beanspruchen, wenn die Einkünfte nur deswegen nicht ausreichen, weil der Mann dieses Vermögen nicht gewinnschaffend anlegt. Der Mann gilt in diesem Falle eben als erwerbsfähig; denn unter Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 1360 Abs. I ist jede angemessene Möglichkeit eines Einkommenserwerbs zu verstehen, nicht etwa nur die Gelegenheit, durch gewerbliche oder sonstige Tätigkeit Einkommen zu erlangen. Der Mann ist sogar verpflichtet, seinen Vermögensstamm anzugreifen, um der Frau Unterhalt zu gewähren (34); eine Aufzehrung des Vermögens kommt allerdings nur dann in Frage, wenn es zur Gewährung des notdürftigen Unterhalts für die Frau nötig wäre. Ein bis dahin vermögender Mann wird hier gezwungen sein, seine Arbeitskräfte auszunützen (35). Sogar ein Wechsel seines Berufes wird dem Unterhaltspflichtigen nach allgemeiner Ansicht zuzumuten sein, wenn dies zur Beschaffung des Unterhalts nötig sein sollte.

Kommt es also im wesentlichen, wie gezeigt, auf die Erwerbsfähigkeit an, so wird doch im allgemeinen aus dem Einkommen des Mannes als des in der Regel Unterhaltspflichtigen auf dessen Erwerbsfähigkeit zu schließen sein, wobei der Mann die Möglichkeit hat, den gegen ihn sprechenden Schein zu widerlegen. Für die Errechnung ist bei wechselnden Einkünften der mit Vorsicht zu errechnende Durch-

---

31. Vgl. Mot. IV 123; Warn. 1914 Nr. 192.
32. Vgl. betr. den gesetzlichen Güterstand §§ 1389 II, 1391, 1418 Zi. 1 und 2; für allgem. Güterstand § 1468 Zi. 3, 4, § 1470; für Errungensch. § 1542 i. V. m. § 1418; für Fahrnisgemeinsch. §§ 1549, 1468.
33. RG in JW 00/849; Mot. IV 123.
34. RG in JW 11/368, RG Warn. 09/146.
35. OLG 24/7; JW 27/2584; RG Recht Nr. 675.

schnitt, unter Umständen der letzten Jahre zugrunde zu legen (36). Ist das wirkliche Einkommen auf keine andere Weise festzustellen, so bleibt noch die Möglichkeit, aus dem Verbrauch auf das Einkommen zu schließen (38). Der Mann ist für seine diesbezüglichen Behauptungen beweispflichtig.

Wenn auch, insgesamt genommen, die Leistungsfähigkeit des Mannes im weitesten Sinne den Maßstab für die Begrenzung des von ihm zu gewährenden Unterhalts bietet, so muß doch dabei bedacht werden, daß ein treusorgender Familienvater mit den jeweils vorhandenen Einkünften nicht einfach in den Tag, also in die Gegenwart, hineinwirtschaften kann, ohne das Wohl der Familie für die fernere Zukunft zu bedenken. Es ist doch geradezu Pflicht eines jeden guten Hausvaters, für lang dauernde Sicherung des Lebensunterhaltes der Familie zu sorgen. Wenn daher der Mann sein Vermögen im Hinblick auf die Zukunft zusammenhält und der Frau ein solches Maß von Unterhalt gewährt, welches nach den gegenwärtig gerade vorhandenen Mitteln nicht standesgemäß ist, so muß sich die Frau damit begnügen; ein Mißbrauch im Sinne von § 1354 Abs. II würde hierin nicht liegen (39). Ebensowenig wird ein Mißbrauch darin zu erblicken sein, daß der Mann seine frühere Lebenshaltung beibehält, trotzdem sein Einkommen und Vermögen gestiegen ist, sofern nur dieses Verhalten billigen Sparrücksichten entspringt und sich in vernünftigen Grenzen bewegt. Allerdings sind auch Fälle denkbar, in denen der Mann aus übertriebener Genügsamkeit, besser: Geiz, die Lebenshaltung der Frau auf einen Stand herabdrückt, daß ein Mißbrauch nach § 1354 Abs. II vorliegt. Trennt sich die Frau auf Grund dieses Mißbrauches — das mag an dieser Stelle einmal vorweg genommen werden — vom Manne, so wird die Unterhaltsrente der Frau, sofern die tatsächlichen Verhältnisse des Mannes dies annähernd rechtfertigen, derart zu bemessen sein, daß eine mittlere bürgerliche Lebenshaltung ermöglicht wird. — Die vorgenannten Fälle einer berechtigten Sparsamkeit des Mannes spielen gerade in wirtschaftlich schweren Zeiten eine große Rolle, da in der Mehrzahl aller wirtschaftlichen Existenzen — bedingt durch die allgemeine Nivellierung — der Ehemann, der etwas Vermögen z. B. für die Ausbildung von Söhnen oder die Ausstattung von Töchtern ersparen will, den Lebensstandard seiner Familie etwas unter dem wird halten müssen, was er ohne vorsorgliche Sparsamkeit seiner Familie an Unterhalt bieten könnte.

---

36. RG Recht 19 Nr. 431
38. Vgl. § 49 Eink. St. Ges.
39. Mot. /V. 123; Staudinger und Planck zu § 1360 RGRK; § 1360.

Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang noch einige Einzelfragen, so z. B. wie weit Schulden des Mannes bei Begrenzung des zu gewährenden Unterhalts zu berücksichtigen sind. Billigerweise kommen dabei nur Schulden in Frage, die sich unmittelbar auf die Leistungsfähigkeit des Mannes, Einkommen und Vermögen, auswirken, also Schulden, welche unmittelbar und alsbald zur Vollstreckung gebracht werden können (41). Es kommt insoweit auf die Lage im Einzelfall an. Die Prozeß- und Verteidigungskosten gehören nach herrschender Ansicht nicht zum Unterhalt; das gilt auch für die Prozeßkostenvorschuß-Pflicht (42). Diese Kostentragung wird durch die Vorschriften über das eheliche Güterrecht geregelt (43). Die Unterhaltungspflicht umfaßt nach alledem die Gewährung des gesamten Lebensbedarfes, wie Nahrung, Kleidung, Wohnung, Heizung, Beleuchtung, Erholungsreisen soweit notwendig und angemessen, Krankheits- und Kurkosten, schließlich auch, den Verhältnissen entsprechend, Befriedigung geistiger Bedürfnisse (44).

Das Gesetz sieht weiter in § 1360 Abs. II eine Unterhaltspflicht der Frau vor. Diese ist aber eine subsidäre und hat, im Gegensatz zur Unterhaltspflicht des Mannes gemäß Abs. I, Bedürftigkeit des Mannes zur Voraussetzung. Bedürftigkeit des Mannes besteht nach allgemeiner Ansicht aber nicht erst dann, wenn dieser sein gesamtes Vermögen aufgebraucht hat und er selbst völlig arbeitsunfähig ist, vielmehr genügt eine solche Schrumpfung des Vermögens, daß mit Rücksicht auf die Sicherung des zukünftigen Unterhalts eine weitere Verringerung untragbar ist, wenn ferner der Mann keine Möglichkeit hat, den genügenden Unterhalt zu verdienen. Praktisch bedeutet das, daß die Frau schon dann, wenn der Mann außerstande ist, den standesgemäßen Unterhalt für sich und seine Familie zu beschaffen, soviel zuschießen muß, wieviel zu dem der Lebensstellung des Mannes entsprechenden Unterhalt nötig ist, allerdings nur, soweit sie selbst nach Maßgabe ihres Vermögens und ihrer Erwerbsfähigkeit dazu befähigt ist (45).

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß lediglich die Voraussetzungen der Unterhaltspflicht beider Ehegatten verschieden sind; während die Art der Unterhaltsgewährung, die anschließend kurz zu streifen sein wird, für beide in gleicher Weise geregelt ist; § 1360 Abs. III. Dem Wesen der Ehe entsprechend müssen auch Inhalt und Umfang, die im Gesetz nicht näher bestimmt sind, für beide Ehegatten

41. Vgl. OLG Hamburg in Rspr. OLG 4/404.
42. Mot. IV 124/5, 696/7 und Komm. zu § 1360.
43. Vgl. §§ 1387/8, 1412, 1416, 1464, 1529, 1549.
44. RGRK zu § 1360; JW 05/303; Rspr. OLG 8/343. 18/256.
45. Mot. IV 123/26; Wieruszowski S. 70; Komm. zu § 1360 Abs. II

die gleichen sein; vor allem wird auch die Unterhaltspflicht der Frau durch ihre Leistungsfähigpeit begrenzt (46).

Die Erfüllung der Unterhaltspflicht schließlich geht gemäß § 1360 Abs. III auf ein Tun: die Gewährung einer Geldrente würde dem Wesen der Ehe widersprechen (47). Grundsätzlich wird die Erfüllung in einer Naturalleistung oder genauer Naturalverpflegung bestehen. Es wäre aber falsch, den „in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise“ gewährten Unterhalt ausschließlich mit „Naturalverpflegung“ gleichsetzen zu wollen; das mag in einem bäuerlichen Volk durchaus noch zutreffen. Wesentlich an der Verbindlichkeit gemäß § 1360 ist doch die unmittelbare Erhaltung des Berechtigten. Wie dieser Zweck erreicht wird, ist gleichgültig. Es mag auf den heutzutage überwiegenden Fall hingewiesen werden, daß der Mann seiner Ehefrau das sogenannte monatliche Haushaltungsgeld zur Anschaffung der Nahrungsmittel und Kleidung gibt; in gewissem Sinne eine Geldrente. Daneben wird der Mann Wohnung gewähren, größere Einkäufe wie z. B. von Kohlen, neuen Möbelstücken selbst tätigen, insoweit also „natural“ leisten. Es bedarf keiner Frage, daß die Naturalleistung heutzutage nicht mehr die Regel bildet, sondern sogar innerhalb der gemischten — geldlichen und naturalen — Leistung ziemlich zurücktritt. Diese Feststellung stößt auch gesetzlich auf keinerlei Schwierigkeiten, ergibt sich doch weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinne des § 1360, daß eine andere Art der Unterhaltsgewährung ausgeschlossen sein soll, so daß man nach anfänglichem Zweifel heute wohl eine einhellige Meinung in dieser Frage annehmen darf (48).

Die Abweichung in der Unterhaltsgewährung für den Fall des Getrenntlebens erstreckt sich nach § 1361 im wesentlichen auf die soeben behandelte Art der Gewährung; insoweit ergänzen sich, wie eingangs dieses Kapitels hervorgehoben, die Vorschriften der §§ 1360 und 1361. Bevor zu diesem Falle übergegangen wird, sei noch kurz auf die Bedeutung der Sozialgesetzgebung für die Unterhaltsgewährung hingewiesen. Von Bedeutung sind dabei die Fälle, in denen ein Ehegatte infolge Krankheit Aufenthalt im Krankenhaus oder einer sonstigen Heilanstalt nehmen muß. In Frage kommen die einschlägigen Bestimmungen der Gesetze über Kranken-, Invaliden, Gewerbe-Unfallversicherung, ferner des Unfallversicherungsgesetzes für Land- und Forstwirtschaft, des Bau- und Seeunfallversicherungs-Gesetzes (49). Die gegenseitige Unterhaltspflicht von versicherten Ehe-

46. Wieruszowski S. 682, Planck zu § 1360, 2.
47. Vgl. RGZ 61/53.
48. Vgl. Mot. IV S. 124, KG in Rspr. OLG 2/75; Schanze im Arch. f. ziv. Pr. 69/241 f.
49. Vgl. zu alledem Handbuch von Hue de Grais, 1926, S. 801 ff.

gatten wird durch die sozialen Einrichtungen in vielen Krankheits- und Unfällen günstig beeinflußt. Zu betonen ist aber, daß immer zuerst der Ehegatte oder Verwandte zur Unterhaltsgewährung an den Erkrankten oder Verletzten verpflichtet sind. Die Bedeutung der angeführten Bestimmungen liegt darin, daß der Unterhaltspflichtige seiner Verbindlichkeit enthoben wird, sobald der andere Ehegatte in ein Krankenhaus zu freier Kur und Verpflegung aufgenommen wird, und dessen Lebensbedürfnisse insoweit befriedigt werden. Ferner kommt hinzu, daß durch Gewährung eines Teils des Krankengeldes oder Zahlung einer Rente an die Angehörigen des erkrankten oder verletzten Unterhaltspflichtigen dieser trotz Ausfalles seines Arbeitsverdienstes imstande ist, seinen Verpflichtungen aus § 1360 nachzukommen, wie im übrigen die Vorschriften des BGB unberührt bleiben (50).

§ 9

Grundsätzlich ändert sich, wie schon hervorgehoben, im Falle des Getrenntlebens nichts an der Höhe der Unterhaltsverpflichtung. Der Unterhaltsberechtigte, meist also die Frau, kann nach der Trennung nicht mehr verlangen, als ihr während des Zusammenlebens zukam. Die im Vorigen eingehend erörterten Gesamtumstände sind bei der Bemessung des Unterhalts nach wie vor zu berücksichtigen. Aber — und das ist die wesentliche Änderung, welche § 1361 bringt — es wird der getrenntlebenden Frau ein Geldrentenanspruch gewährt, in den sich ihr ursprünglicher Anspruch auf Naturalleistung gewandelt hat. Die Trennung verschafft der Frau einen anderen, aber keinen Mehranspruch. In vielen Fällen wird die Trennung sogar die einzige Möglichkeit sein, zu dem ihr gebührenden Unterhalt, den man ihr bisher verweigert oder eingeschränkt hat, zu gelangen. Die Frau kann aber auch unter Umständen einen Mehranspruch haben, wenn der Mann nach der Trennung eine bessere Lebenshaltung als bisher annimmt, also z. B. von einem bis dahin geübten sparsamen Lebenswandel, der keinen Mißbrauch nach § 1354 darstellte, abgeht. Um einen rechtlich anderen Anspruch handelt es sich nicht, wenn die Frau einen höheren Rentenanspruch hat, weil der Mann nach der Trennung zu besseren Vermögens- und Einkommensverhältnissen gekommen ist, an denen sie teilnimmt, so wie sie im Falle der Nichttrennung daran teilgenommen hätte. Die Rente der Frau wird bei einer Vermehrung wie auch bei einer Verminderung der Leistungsfähigkeit des Mannes entsprechend mitgehen, wie unbestritten ist. Aus den angeführten

50. Zur Armengesetzgebung, die von subsidiärer Bedeutung ist, vgl. Mot. IV 676.

Beispielen erhellt, daß die vorbehandelten Grundsätze des § 1360 über den Unterhalt volle Anwendung finden .— Will die Frau nach der Trennung einen Beruf aufnehmen oder ein Erwerbsgeschäft gründen, so muß sie das mit den Mitteln ihrer Rente bestreiten. Sie hat keinen Anspruch auf Gewährung besonderer Mittel dafür, selbst wenn der Mann dadurch eine Befreiung von der ferneren Unterhaltsverpflichtung erlangen könnte; denn der Zweck der Unterhaltspflicht ist lediglich dem Berechtigten die unmittelbare Erhaltung seiner Existenz zu ermöglichen (51).

Schon in diesem Zusammenhang soll erwähnt werden, worauf auch noch an späterer Stelle einzugehen sein wird, daß dem Unterhaltsberechtigten der Anspruch nur im Hinblick auf die Bedürfnisse seiner Person zusteht; er erstreckt sich nicht auf die übrigen Familienmitglieder, insbesondere nicht auf die Kinder. Nur kann die Frau zu deren gesetzlicher Vertreterin bestimmt sein und für diese einen Anspruch geltend machen (52). Im ehelichen Aufwand ist der Unterhaltsanspruch der Kinder mit enthalten, der insoweit also über den ehelichen Unterhaltsanspruch hinausgeht (53).

Der Unterhaltsanspruch der Frau ermäßigt sich ferner auf den notdürftigen Unterhalt, also auf das, was ohne Rücksicht auf die Verhältnisse des Mannes zur Befriedigung ihrer notwendigsten Bedürfnisse ausreicht, wenn sie sich als Unterhaltungsanspruchsberechtigte eine Verfehlung hat zuschulden kommen lassen, die den Mann berechtigen würde, auf Scheidung zu klagen, er seinerseits also ebenfalls die eheliche Gemeinschaft verweigern könnte (54). Beweispflichtig für derartige Verfehlungen ist derejnige Ehegatte, der Rechte daraus herleiten will, so die Frau das Recht zur Trennung — bloßer Verdacht z. B. des Ehebruchs genügt nicht (55) —, der Mann zur Erstattung nur des notdürftigen Unterhalts. Hat der Mann, der einen Scheidungsprozeß wegen Ehebruchs angestrengt hatte, während des Prozesses den standesgemäßen Unterhalt gewährt,und ist die Frau im Scheidungsurteil für alleinschuldig erklärt worden, so daß sie während der Trennung nur den notdürftigen Unterhalt (§ 1611 Abs. II) hätte beanspruchen können, so kann der Mann das Zuvielgezahlte nicht zurückverlangen (56).

---

51. Wieruszowski Handbuch S. 943.
52. Vgl. Mot. IV 111.
53. Vgl. betr. Aufwand der Frau §§ 1389, 1427, 1458, 1529, 1549 — des Mannes §§ 1371, 1427, 1441.
54. Vgl. §§ 1611, 2335, 1353.
55. RG in JW 00/891 „Recht“ 02/209.
56. RG 63/40; vgl. 70/61.

Im Gegensatz zu § 1360 kommt also nur die Form der Geldrente für die Unterhaltungsgewährung in Frage, wobei das Gesetz insbesondere die Ausschaltung jeder weiteren Reibung zwischen den Ehegatten beabsichtigt hat (57). Diese Rente löst alle dem berechtigten Ehegatten zu gewährenden Einzelleistungen durch eine bestimmte regelmäßig wiederkehrende Gesamtleistung in Geld ab. Eine Kapitalabfindung als einmalige Gesamtablösung muß verneint werden, das würde dem Sinne des Gesetzes widersprechen; denn es geht davon aus, daß immer noch eine vollgültige Ehe vorhanden ist. Entsprechend dem Wesen der Rente, als einer von der Summe der Naturalleistungen losgelösten Geldzahlung, wird man annehmen müssen, daß ein Gastwirt oder sonstiger Dritter, welcher der Frau Wohnung gewährt oder sonst etwas liefert, den lediglich rentenpflichtigen Mann aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht haftbar machen kann (58). Auf die Rentenzahlung ist die Vorschrift des § 760 anwendbar, wonach sie (Abs. II) für drei Monate im voraus zu erfolgen hat. Für die Vergangenheit, falls die Frau ihren Anspruch nicht sogleich erhoben haben sollte, kommt eine Nachforderung des entgangenen Unterhalts nicht in Frage. Für Nachleistung bei Verzug ist Mahnung erforderlich (59). Der Unterhaltsanspruch als solcher unterliegt nach § 194 Abs. II nicht der Verjährung, hingegen verjähren die Ansprüche auf rückständige Leistungen gemäß § 197 in vier Jahren; jedoch ist die Verjährung gehemmt, solange die Ehe besteht (§ 204 Abs. 1). Auf den Unterhalt kann für die Zukunft nicht verzichtet werden, nur auf bereits fällige Beträge, da diese nurmehr rein obligatorische Forderungen sind. Die Möglichkeit der nachträglichen Erhöhung oder Herabsetzung der Rente, den sich ändernden Verhältnissen des Mannes entsprechend, wurde bereits erwähnt (60). Grundsätzlich kann der Mann die Höhe der Rente festsetzen, im Streitfalle wird die Frau klagen, worauf der Richter nach freiem Ermessen der Gesamtlage entscheidet. Die Gatten können sich auch über die Höhe der Rente wirksam einigen, wenn nur dabei das gesetzliche Mindestmaß eingehalten wird, anderenfalls trotz des Vertrages eine Erhöhung beansprucht werden könnte (61).

Im § 1361 Abs. II ist ein Wegfall oder eine Beschränkung der männlichen Unterhaltspflicht vorgesehen, wenn der Wegfall oder die Beschränkung mit Rücksicht auf die Bedürfnisse der Ehegatten der

57. Mot. IV 633.
58. OLG Köln in DJZ 06/212; betr. ärztl. Behandlung vgl. JW 05/194; Wieruszowski S. 94, 112.
59. Vgl. §§ 1613, 284/5.
60. Vgl. RG 50/96.
61. RG in JW 05/436; Wieruszowski S. 126.

Billigkeit entspricht (63). Die Handhabung dieser Möglichkeit hat mit Vorsicht zu erfolgen; insoweit ist das Erfordernis der Billigkeit besonders zu betonen. Es würde z. B. für eine Frau als den zur Trennung wegen Ehebruchs des Mannes berechtigten unschuldigen Teil recht hart und unbillig sein, wenn sie ihren Unterhalt vom Vorbehaltsgut und ihrer Hände Arbeit bestreiten müßte, derweil der Mann das von ihr eingebrachte Gut behält und im Falle des ehelichen Zusammenlebens recht gut imstande wäre, seine Einkünfte mit der Frau zu teilen, wozu er dann ohne weiteres verpflichtet wäre. — Es ist die Ansicht vertreten worden, daß die Beschränkung des § 1361 Abs. II auch in der Zahlung eines einmaligen Beitrages, also einer Kapitalabfindung bestehen könne (64). Dem ist zuzustimmen. Wenn dagegen eingewendet wird (65), der Wortlaut — „die Unterhaltspflicht beschränkt sich" — lasse ersehen, daß statt der Rentenzahlung nicht auf eine Kapitalabfindung erkannt werden dürfe, so ist das irrig. Nach den früher zu § 1360 behandelten Grundsätzen der Unterhaltspflicht, die auch im Falle des § 1361 bei Errechnung der zu gewährenden Rente anwendbar sind, können besonders gelagerte Verhältnisse eines Einzelfalles in einer entsprechenden Erhöhung oder Herabsetzung der Rente hinreichend Berücksichtigung finden. Wenn der Gesetzgeber nun in § 1361 Abs. II von der „Beschränkung auf die Zahlung eines Beitrages" spricht, so wollte er damit gewiß nicht für den Fall des Getrenntlebens das wiederholen, was sich aus der unbestrittenen Anwendung der Grundsätze des § 1360 für die Rentenerrechnung des § 1361 ohnehin schon ergibt. Daß das Gesetz vielmehr den Spielraum für die zu gewährenden Renten noch erweitern, d. h. die aus dem Ineinandergreifen der §§ 1360 und 1361 schon vorhandenen Möglichkeiten noch vermehren wollte, beweist im übrigen einmal das Nebeneinander der in Abs. II § 1361 aufgezählten Möglichkeiten des „Wegfalls" und der „Beschränkung", ferner der sicher nicht unabsichtliche Wechsel im Ausdruck: „Geldrente" in Absatz I und „Beitrag" in Abs. II § 1361. Die Beschränkung kann also gemäß § 1361 Abs. II in einer entsprechend gedrückten Rentenzahlung, in einer z. B. sich wiederholenden Jahresbeitragszahlung oder auch in einer einmaligen Kapitalabfindung vollziehen. Ausscheiden muß sicherlich die Naturalleistung als „Zahlung" eines Beitrages. Allerdings ist zu bedenken, daß die einmalige Kapitalabfindung eine gewisse Gefahr in sich birgt. Sie ist nicht als absolut endgültige Regelung anzusehen: die Ehe besteht nach wie vor; im Laufe des dauernden Getrenntlebens sind die

---

63. Vgl. Mot. IV S. 634, RG in JW 03 Beil. S. 87.
64. RG in JW 03/78; vgl. Staudinger zu § 1361.
65. Ludewig S. 37.

Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Ehegatten Schwankungen unterworfen, welche der im § 1361 Abs. II ohnehin relative Maßstab der Billigkeit ausgleichen müßte. Es könnte der Fall eintreten, daß die Frau mit oder ohne Schuld völlig mittellos würde; dann müßte der Mann trotz erfolgter Kapitalabfindung, dem Wesen der noch bestehenden Ehe entsprechend, die Rentenzahlung wieder aufnehmen.

Der Mann muß die Voraussetzungen beweisen, die den Wegfall oder die Beschränkung der Unterhaltspflicht begründen (67). — Der § 1361 Abs. II ist auf die Unterhaltspflicht der Frau nicht ausgedehnt, da diese schon durch die Bedürftigkeit des Mannes bedingt ist (68). — Aus der Vorschrift des § 1361 Abs. II und dem vorhin Gesagten darf jedoch nicht der Rückschluß gezogen werden, daß eine Unterhaltspflicht des Mannes überhaupt nur insoweit anzunehmen sei, als die Einkünfte der Frau aus ihrem Vermögen oder eigener Tätigkeit zu ihrem standesgemäßen Unterhalt nicht ausreichten. Darauf kommt es grundsätzlich nicht an (69).

§ 10

Neben der im Vorigen behandelten Zahlung einer Rente, für die übrigens Sicherheitsleistung nicht verlangt werden kann (70), steht der Frau im Falle des Getrenntlebens, soweit der Mann unterhaltspflichtig ist, noch ein Anspruch auf Herausgabe der zur Gründung eines gesonderten Haushalts erforderlichen Sachen aus dem gemeinsamen ehelichen Hausstand zu; § 1361 Abs. I S. 2. Der Unterhaltsanspruch der Frau erweitert sich um diesen Herausgabeanspruch; für den Mann kommt er nicht in Betracht (71). Vorausgesetzt wird ein gewisser Besitzstand, wie es sich auch nicht um einen Ausstattungsanspruch auf Neuanschaffungen handelt (72). Der Mann kann demgemäß den Herausgabeanspruch nicht durch das Angebot einer entsprechenden Erhöhung der Rente abwenden. Welche und wieviele Sachen herauszugeben sind, richtet sich, den behandelten allgemeinen Grundsätzen des § 1360 entsprechend, nach der Lebensstellung, dem Vermögen und dem Erwerb des Mannes. Sind solche Haushaltsgegenstände, deren die Frau nachweisbar bedarf, nicht vorhanden, so muß die Rente soweit erhöht werden, daß eine Anschaffung dieser Gegenstände möglich wird; das gilt auch, sofern der Mann sich weigern sollte, irgendwelche Gegenstände, an denen er besonders

67. RG in Recht 02/209.
68. Mot. IV 634; JW 03/Beil. S. 87.
69. Rspr. OLG 2/386.
70. Rspr. OLG 3/240.
71. RG v. 17. 12. 08.
72. KG in Rspr. OLG 21/215.

hängt, herauszugeben. Es kann aber nur im Interesse des Mannes Gegenstände herauszugeben. Andererseits hat bei entbehrlichen Haushaltsgegenständen der Herausgabeanspruch der unterhaltsberechtigten Ehefrau gegenüber dem erhöhten Rentenanspruch den Vorzug, daß liegen, möglichst viele der vorher gemeinsam benutzten, also alten er schnell und sicher durchzusetzen ist (73). Die zum Vorbehaltsgut der Frau gehörenden Sachen muß der Mann beim ordentlichen gesetzlichen Güterstand ohnehin herausgeben, während die Frau das gesamte von ihr eingebrachte Mobiliar nicht herausverlangen kann (74). Da das gesetzliche Güterrecht, wie schon früher gesagt, von der Trennung unberührt bleibt, erlangt die Frau keinerlei besondere Verfügungsmacht an den herausgegebenen Sachen. Die Eigentumsverhältnisse bleiben dieselben. Die dem Manne gehörenden Sachen unterliegen wie bisher dem Zugriff seiner Gläubiger, demgegenüber aber die Frau ihr Gebrauchsrecht geltend machen kann, so daß die Sachen gemäß § 811 Abs. I ZPO in der Regel unpfändbar sein werden (75). Der Gebrauch ist für die Frau ein unentgeltlicher; die Grundsätze der Leihe finden entsprechende Anwendung (76). Die Frau haftet aber nicht gemäß § 599, vielmehr nach § 1359 nur für diejenige Sorgfalt, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Die Frau hat die Sachen (§ 269) abzuholen, der Mann sie bereitzustellen. Herausgeben im Sinne des § 1361 heißt lediglich, die Sachen zur Fortnahme bereitzustellen. Es handelt sich also nach überwiegender Ansicht, der beizutreten ist, um eine sogenannte Holschuld wie überall, wo es einer besonderen entgegengesetzten Bestimmung ermangelt (77). So hat die Frau auch die Beförderungs- und Ausbesserungskosten der Sachen zu tragen (78). — Die Herausgabe durch den Mann setzt voraus, daß die Frau auch tatsächlich einen neuen Haushalt führt, was z. B. bei Rückkehr zu ihren Eltern nicht der Fall wäre. Diese Tatsache des gesonderten Haushaltes und die Erforderlichkeit der zu diesem beanspruchten Sachen hat die Frau zu beweisen (78).

Auch im Hinblick auf den Herausgabeanspruch der Frau hat der Gesetzgeber eine billige Ausnahme in zwei Fällen zugelassen; § 1361 Abs. I S. 2, 2. Halbsatz. Der Mann wird durch den Nachweis befreit, daß die Sachen für ihn unentbehrlich oder im Vermögen der ständen in deren Vorbehaltsgut befinden. Auf diese ihr zur Verfügung

73. Vgl. Wetzel S. 138.
74. Rspr. OLG 3/241, 6/156 und Komm. zu § 1361.
75. Vgl. Wieruszowski S. 84 Nr. 45.
76. Vgl. §§ 598, 600, 602/3.
77. Vgl. vor allem Rspr. OLG 21/215.
78. Rspr. OLG 7/205; Recht 05 Nr. 2108.
79. Rspr. OLG 7/45.

Frau schon vorhanden sind, soweit es ihr zur Verfügung steht (80). Wieweit eine Sache unentbehrlich ist, ergibt der Einzelfall. Auch doppelt vorhandene Gegenstände können entgegen anderer Ansicht (81) unentbehrlich sein. – Im zweiten Falle kann der Mann nachweisen, daß sich die verlangten Gegenstände beim Güterstand der Gütertrennung im Vermögen der Frau überhaupt, bei den anderen Güterstehenden Gegenstände wird die Frau billigerweise zuerst gewiesen. Das gilt auch, wenn sie den verlangten Gegenständen gleichartige Gegenstände, die den gleichen Gebrauch zulassen, besitzt (82). Der Mann braucht in diesen Fällen nicht etwa die Geldrente entsprechend zu erhöhen; denn er soll nur den seiner Stellung entsprechenden Unterhalt gewähren, nichts darüber hinaus. Im übrigen beschränkt auch hier § 1611 Abs. II die Herausgabepflicht des Mannes, wie § 1361 Abs. II ebenfalls entsprechend anzuwenden sein dürfte, wenn die Billigkeit es erfordert.

§ 11

Die vorstehend dargestellte Unterhaltsregelung des § 1361 in Verbindung mit § 1360 – Rentengewährung und Herausgabe von Haushaltsgegenständen – tritt nun nicht in jedem Falle des Getrenntlebens ein, vielmehr läßt sie das Gesetz nur unter ganz bestimmten engen Voraussetzungen, um einen Mißbrauch dieses Instituts zu vermeiden, Platz greifen. Diese Voraussetzungen sind: ein tatsächliches Getrenntleben, eine Berechtigung, die Herstellung des ehelichen Lebens zu verweigern, und schließlich eine tatsächliche Verweigerung.

Was das tatsächliche Getrenntleben anlangt, so kann auf das früher Gesagte verwiesen werden. Die weitere Voraussetzung der Berechtigung zur Verweigerung der Herstellung des ehelichen Lebens ergibt sich in ihren Einzelheiten aus § 1361 i. V. m. § 1353 Abs. II. Danach ist ein Recht zur Verweigerung gegeben:

wenn sich das Verlangen eines Ehegatten nach Herstellung der ehelichen Gemeinschaft als Mißbrauch seines Rechts darstellt, § 1353 Abs. II S. 1,

wenn der widerstrebende Gatte berechtigt ist, auf Scheidung zu klagen, § 1353 Abs. II S. 2 in V. m. §§ 1565—1569,

wenn dem widerstrebenden Ehegatten die Trennung antragsgemäß nach § 627 ZPO durch einstweilige Verfügung gestattet ist.

Um in der vom Gesetz gebrauchten Reihenfolge zu bleiben, sei zunächst die Frage behandelt, wann ein Rechtsmißbrauch im Sinne von § 1353 Abs. II S. 1 vorliegt. Es ist unmöglich, die Frage, was ein solcher Miß-

80. Vgl. Mot. IV 634.
81. Planck zu § 1361.
82. Wieruszowski S. 85 Nr. 49.

brauch ist, durch eine einzige Formel erschöpfend zu beantworten. Man (83) hat zwar eine Begriffsgebung versucht dahingehend, daß Mißbrauch anzunehmen sei, wenn sich der eine Ehegatte dem anderen gegenüber nicht so verhalte, wie die rechte eheliche Gesinnung und Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Darin kommt aber nur der, schon an den Anfang der Arbeit gestellte, sittliche Grundsatz zum Ausdruck, ohne daß sich eine plastische Vorstellung für Einzelfälle ergäbe.

Häufig wird durch die Klage auf Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nicht diese, sondern die Einleitung einer Scheidung über § 1567 verfolgt. Hier will ja der klagende Teil den anderen garnicht wieder aufnehmen. Dem beklagten Ehegatten, der darum weiß, müßte doch das Zusammenleben unerträglich sein; es ist Rechtsmißbrauch durch den klagenden Ehegatte gegeben (84). — Wird beim ehelichen Zusammenleben der Unterhalt böswillig nur völlig unzureichend oder garnicht gewährt, so liegt Mißbrauch vor, der zur Weigerung berechtigt. Ist guter Wille da, aber nicht genügende Leistungsfähigkeit, dann wird regelmäßig kein Recht zur Verweigerung gegeben sein; denn das sittliche Wesen der Ehe — hier tritt der Grundsatz in Erscheinung — fordert von den Ehegatten gemeinsames Ertragen von Freud und Leid (85). Wird die häusliche Gemeinschaft verlangt, ohne daß eine brauchbare Wohnung vorhanden ist, die ein ruhiges und gesundes Wirtschaften zuläßt (86), so kann die Gemeinschaft verweigert werden, ferner wenn der Mann ein Verhältnis z. B. mit einer Angestellten in der Wohnung oder im gleichen Hause unterhält. Das Gleiche gilt, wenn der Frau ihre hausfraulichen Rechte, z. B. bei einer Einheirat durch die Schwiegermutter vorenthalten werden, ohne daß der Ehemann eingreift (87). — War kirchliche Trauung vereinbart, und bricht der eine Ehegatte nach der standesamtlichen Trauung sein Versprechen, trotzdem der andere den ehelichen Verkehr ohne Trauung für Sünde hält, so ist ein Weigerungsrecht gegeben, und das hat auch für den Fall des Bruches des Versprechens, die Kinder in einer bestimmten Konfession zu erziehen, zu gelten (88). — Wichtig sind ferner gewisse Krankheitsfälle, in denen der gesunde Teil unter dem anderen stark zu leiden hat oder gar selbst gefährdet ist. So braucht der Ehegatte von dem trunksüchtigen anderen Teil sich nicht mißhandeln zu lassen, kann sich der Gefährdung seiner Person ent-

83. Hörle S. 118; vgl. RG 17/202; JW 02 Beil. 215.
84. Vgl. Planck § 1353.
85. RG in JW 00/517; 01/296; im Recht 4/372.
86. JW 08/406 f; Leonhard S. 167, 4a.
87. Vgl. Warn. 1912 Nr. 262.
88. RG in JW 06/21; Leonhard S. 183.

ziehen in Fällen von Morphinismus, Verfolgungswahn, auch sehr schwere Hysterie, vor allem von Geschlechtskrankheiten schwerer Natur (89). Doch darf in diesen Fällen nicht zu lasch geurteilt werden; schließlich ist die Ehe eine Schicksalsgemeinschaft und keine geruhsame Versorgungseinrichtung. Ein mißbräuchliches Herstellungsverlangen dürfte auch dann anzunehmen sein, wenn die Ehegatten in einer anfechtbaren Ehe leben (90). — Grundsätzlich ist in allen diesen Fällen für die Beurteilung des Mißbrauchs nicht die subjektive Auffassung der Beteiligten, sondern die objektive Sachlage entscheidend (91).

In den Fällen, in denen ein Mißbrauch vorliegt, braucht nicht gleichzeitig ein Ehescheidungsgrund gegeben zu sein (92); denn die in § 1353 Abs. II genannten beiden Gründe der Gemeinschaftsverweigerung stehen völlig selbständig und unabhängig nebeneinander (93).

§ 12

Ein Ehegatte ist ferner berechtigt, die Herstellung des ehelichen Lebens zu verweigern, wenn ihm gemäß §§ 1565—1569 ein Scheidungsgrund zusteht. Er ist dann frei von der Verpflichtung zur ehelichen Gemeinschaft, ob er nun die Klage schon erhoben hat oder nicht. Erforderlich ist nur, daß der Scheidungsgrund noch besteht und nicht durch Verzeihung oder Fristablauf erloschen ist. Die Scheidungsgründe der §§ 1565—1568 berechtigen unbestritten immer zum Getrenntleben. Ein Verweigerungsrecht ist also gegeben, wenn Ehebruch vorliegt (§ 1565), ein Ehegatte dem anderen nach dem Leben trachtet (§ 1566) oder ihn böswillig verlassen hat (§ 1567) oder durch gröblichste Verletzung der Ehepflichten oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten eine solche Zerrüttung des Ehelebens herbeigeführt hat, daß dem anderen Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann (§ 1568) (94).

Streit herrscht lediglich um die Anerkennung des Scheidungsgrundes aus § 1569, nämlich der Geisteskrankheit als Trennungsgrund gemäß § 1353 Abs. II. Die Meinungsverschiedenheiten gingen im wesentlichen auf die Entstehungsgeschichte des § 1353 zurück. Heute hat sich ein großer Teil der Literatur und auch die Rechtsprechung für die Einbeziehung des § 1569 in die Gründe des § 1353 Abs. II

---

89. RG in JW 07/1787; RG in LZ 23/277 u. a.
90. Planck zu § 1329; vgl. 627 ZPO.
91. RG in JW 02 Beil. S. 272.
92. Rspr. OLG 15/397.
93. Vgl. Fälle berechtigter Weigerung RG in JW 01/1295, 02/272, 03/71, 05/110/495, 06/21, 07/48/178, 08/110/406, 11/765 usw. OLG 1/442, 4/340 u. a.
94. Dabei ist die grobe Mißhandlung als schwere Verletzung der ehelichen Pflichten zu betrachten.

S. 2 entschieden. Dieses Ergebnis ist durchaus zu billigen, geht es doch mit dem Gesetzestext im Einklang und führt zu praktisch befriedigenden Ergebnissen. Von der Entstehungsgeschichte (95) nur soviel, daß § 1353 Abs. II zunächst nicht die Bestimmung enthielt, daß auch beim Vorliegen eines Scheidungsgrundes die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft verweigert werden könne. Die Reichstagskommission fügte den Satz 2 dem Abs. II an, während gleichzeitig die Geisteskrankheit als Scheidungsgrund gestrichen wurde. Der Schlußsatz des § 1353 Abs. II konnte sich zu dieser Zeit also nur auf Scheidungsgründe aus Verschulden beziehen. In der 3. Lesung wurde die Geisteskrankheit den übrigen Scheidungsgründen wieder beigefügt, ohne daß Abs. II § 1353 geändert wurde. Aus dieser Sachlage haben viele (96) geschlossen, daß eine Änderung des Abs. II in der 3. Lesung übersehen worden sei, so daß es wie zuvor im Sinne des Gesetzes liege, nur bei Verschulden des anderen Ehegatten ein Weigerungsrecht zu geben und daher der Grund des § 1569 für den § 1353 Abs. II S. 2 auszuscheiden habe. Diese Meinung glaubt sich auf den Werdegang der fraglichen Gesetzesstelle stützen zu können. Aber das fertige Gesetz spricht in seinem völlig klaren Wortlaut für die Einbeziehung der Geisteskrankheit in den Kreis der übrigen Scheidungsgründe. Zwar setzen diese anderen Scheidungsgründe sämtlich ein Verschulden voraus, aber wichtiger ist, daß auch der andere im Abs. II § 1353 angeführte Trennungsgrund, der Mißbrauch, unbestritten ein Verschulden der denselben begründenden Umstände nicht voraussetzt (97). Auf welche verschiedenartigen Verhältnisse es dabei ankommt, auch solche, bei denen ein Verschulden garnicht in Frage stehen kann und steht, ist früher schon gezeigt worden. Die beiden weigerungsbegründenden Umstände des Abs. II § 1353 stehen völlig gleichwertig und selbständig, wie schon betont, nebeneinander. Hätte der Gesetzgeber es aber auf ein Verschulden im Falle eines Scheidungsgrundes abstellen wollen, oder besser gesagt, hätte er das Verschulden als dessen besonderes Merkmal im Gegensatz zum Falle des Mißbrauches betrachtet, dann hätte er dies deutlich herausgestellt. Bei einer durchaus klaren und auch praktisch befriedigenden Vorschrift spricht alles für die bewußte Vollständigkeit der Gesetzesstelle, und man soll da nicht ein angebliches, vielleicht auch vermutliches Versehen des Gesetzgebers aus der Entstehungsgeschichte heraussuchen. Demnach spricht alles

---

95. Vgl. Staudinger zu § 1353.
96. Achilles/Greiff § 1353, ebenda Komm. Warneyer, Planck; Dernburg § 30.
97. RGRK § 1353; RG in Warn. 1917 Nr. 146; JW 11/98; dagegen auch zu: Planck, Warneyer zu § 1353.

dafür, daß es der Gesetzgeber im gesamten Abs. II § 1353 überhaupt nicht auf ein Verschulden hat abstellen wollen, was auch durchaus dem leichteren Charakter der Trennung gegenüber der Scheidung entspricht. Wenn also § 1353 Abs. II S. 2 sich auf S. 1 mit den Worten „das gleiche gilt" bezieht, so kann Satz 2 nicht notwendigerweise ein Verschulden zur Voraussetzung haben; § 1569 ist demnach in § 1353 Abs. II einzubeziehen (98). — In dem Herstellungsverlangen eines geisteskranken Gatten kann außerdem ein Mißbrauch liegen; die Frist nach § 1571 greift nicht ein. Die Trennung wäre dann berechtigt und Unterhalt nach § 1361 zu gewähren.

In den Fällen der §§ 1565—1568 muß die Scheidungsklage in der für ruhige Überlegung reichlich kurz (99) bemessenen Präklusivfrist von 6 Monaten erhoben werden. Diese Frist läuft gemäß § 1571 Abs. II nicht im Falle des Getrenntlebens. Sie kann jedoch, um dem Getrenntleben ein Ziel zu setzen, in Lauf gesetzt werden durch die Aufforderung an den verweigernden Ehegatten, die häusliche Gemeinschaft herzustellen oder Klage zu erheben. Binnen dieser Frist muß sich der andere Ehegatte dann erklären; läßt er die Frist verstreichen, so verliert er den Anspruch auf Unterhaltsgewährung gemäß § 1361, da der andere Teil dann nur den Unterhalt im Zusammenleben nach § 1360 zu gewähren braucht, nachdem der aus dem Rechte auf Scheidung hergeleitet Grund zur Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft weggefallen ist. Es waren nun Zweifel darüber entstanden, ob in diesem Falle des Fristablaufs wie auch nach erfolgter Verzeihung die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft überhaupt nicht mehr verweigert werden könne (100). Nach §§ 1570, 1571 erlischt zwar das Scheidungsrecht und mit ihm das Recht zur Verweigerung der Wiederherstellung nach Abs. II § 1353. Das schließt aber nicht aus, daß dieses Recht dann unter Zugrundelegung desselben Tatbestandes aus § 1353 Abs. II S. 1 hergeleitet werden kann, steht doch der Mißbrauch völlig selbständig neben den Scheidungsgründen. Es ist dabei nach Lage des einzelnen Falles zu entscheiden, ob nach Ablauf der Frist des § 1571 in dem Herstellungsverlangen des schuldigen Ehegatten ein Rechtsmißbrauch zu erblicken ist oder nicht (101).

---

98. So Endemann § 169a Nr. 8; Wetzel S. 97 f; Wieruszowski S. 76; Staudinger § 1353, 1569 u. a. — A. A. Planck, Dernburg a. a. O.
99. Vgl. Wetzel S. 110.
100. So insbesondere OGL Hamburg in einer mehrfach angegriffenen Entscheidung in Rechtsprechung OLG 6/277 ff.
101. So RGZ 103/349; RGLZ 19/252; in JW 03/44, 11/98; OLG 15/379; RGRK § 1371; Staudinger zu § 1571; Wetzel S. 116; Wieruszowski S. 116.

Die dritte und letzte Voraussetzung des § 1361 ist die tatsächliche Verweigerung der Herstellung des ehelichen Lebens; sie kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Zu beachten ist dabei, daß das Recht zur Weigerung und die Weigerung selbst, wie der klare Wortlaut des § 1361 ergibt, in ein und derselben Person liegen. Der berechtigte Ehegatte muß seinen Willen zur Trennung deutlich kundgeben (103). Streit herrscht hier darüber, ob die „Weigerung" des § 1361 begrifflich eine vorangegangene vergebliche Aufforderung notwendig voraussetzt (104). Das geht aus dem Gesetz nicht hervor; es muß genügen, wenn der berechtigte Gatte seinen Weigerungswillen deutlich ausdrückt und die Trennungsabsicht streng betätigt, indem er sich jeden ehelichen Verkehrs enthält (105). Wie man (106) richtig bemerkt hat, würde die Gegenansicht zu dem sonderbaren Schluß kommen müssen, daß die unterhaltsberechtigte Ehefrau, die sich wegen Ehebruchs des Mannes von diesem getrennt habe, keinen Anspruch nach § 1361 erheben könne, wenn der Mann sie nicht zuvor zur Rückkehr aufgefordert hätte! Eine andere Frage ist, ob es zur prozessualen Geltendmachung des Anspruchs aus § 1361 in manchen Fällen nicht zweckmäßig erscheint, den anderen Gatten aufzufordern, um die Voraussetzung des § 1361 besser nachweisen zu können.

Im übrigen ist es ohne Bedeutung, wer von den Ehegatten Veranlassung zur Trennung gegeben hat. § 1361 wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß beide Gatten berechtigt sind, die eheliche Gemeinschaft zu verweigern, ebenso gleichgültig ist es, ob der unterhaltspflichtige oder -berechtigte Gatte die Herstellung verweigern darf und verweigert (107). In allen diesen Fällen ist, sofern die Voraussetzungen sämtlich erfüllt sind, der Unterhalt gemäß § 1361 zu gewähren. Wird die Verweigerungsbefugnis hinfällig, ohne daß die Ehegatten das eheliche Leben wieder aufnehmen, so ist der Unterhalt nicht mehr zu gewähren (108).

§ 13

Nicht immer aber wird der sich trennende Ehegatte einen Weigerungsgrund haben. So z. B. wenn ein Gatte, ohne ein Recht aus §§ 1353—4 zu besitzen, aus Laune oder irrtümlich angenommenem Recht die häusliche Gemeinschaft verweigert, ferner wenn die Frist

103. RGRK § 1361; JW 02/204; Recht 03/330 ff.
104. So Staudinger, Opet zu § 1361; ähnl. OLG 2/330 ff.
105. RG in JW 02/204; Recht 07 Nr. 464; OLG 7/101; Planck zu § 1361.
106. Wetzel S. 96.
107. RGRK 1361; OLG 4/480, 6/278; RG in JW 02/204; Seuff. Arch. 61 Nr. 112.
108. Mot. IV 637, RG in Warn. Erg. Bd. 08/50.

aus § 1571 ungenützt verstrichen ist oder wenn die Trennung nach vertraglicher Vereinbarung geschah, der eine Gatte aber durch Widerruf sein unverzichtbares Recht auf eheliche Gemeinschaft geltend macht. Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden:

Der unterhaltsberechtigte Ehegatte trennt sich ohne Berechtigung oder der unterhaltspflichtige Ehegatte weigert sich grundlos.

Der unterhaltsberechtigte Teil ist zumeist die Frau. Der praktisch häufigste Fall ist, daß die Frau aus Laune und ohne stichhaltigen Grund eigenmächtig davonläuft und sich weigert, zurückzukehren. § 1361 ist hier nicht anwendbar, während § 1360 die Unterhaltsgewährung in Form der häuslichen Gemeinschaft vorsieht. Das wird dem Mann durch das Verhalten der Frau unmöglich gemacht, eine Unmöglichkeit, die er nicht zu vertreten hat. Er wird also von der Verpflichtung zur Leistung frei; § 275 (110). Der Unterhaltsanspruch als solcher besteht weiter, da seine Grundlage, die Ehe, durch die Trennung nicht berührt wird. Der Getrenntlebende kann ihn wieder geltend machen, sobald er die Trennung aufgibt. Hierbei kommt aber in Betracht, daß der Mann die Aufnahme der Frau gemäß § 1568 verweigern darf, und dann § 1361 zur Anwendung kommt. — Hingewiesen sei an dieser Stelle darauf, daß der Vater, welcher die vom Manne ohne Berechtigung getrennt lebende Tochter unterhält, keinen Erstattungsanspruch gegen den Schwiegersohn hat (111).

§ 14

Der zweite Fall grundloser Weigerung, nämlich durch den unterhaltspflichtigen Ehegatten, wird praktisch meist der sein, daß der Mann seine Frau ohne Grund verstößt. Hier ist in der Literatur und Praxis großer Streit darüber entbrannt, wie der Unterhalt in solchem Falle zu gewähren ist. Der Streit ist zum großen Teil theoretischer Natur und auf einen Redaktionsfehler bei Schaffung des Gesetzes zurückzuführen. Zunächst eine kurze Übersicht der verschiedenen Meinungen:

1. Schmidt-Habicht, Fischer-Henle, Neumann, sämtlich zu § 1361; OLG 2/75, 4/84, 7/44: Nach ihnen greift der Spezialfall des § 1361 nicht Platz, sondern ohne weiteres § 1360, für den das Zusammenleben, wie der Fall der Trennung durch Krankheit und Aufenthalt in einer Anstalt zeigt, nicht direkte Voraussetzung ist. — Diese Lösung geht dem eigentlichen Problem aus dem Wege, wie sie sich auch in rechtsirrtümlicher Weise auf Fälle des früher behandelten „unterbrochenen Zusammenlebens“ stützt.

110. Herrsch. Ans. in Lit. und Rspr.; vgl. Mot. IV 637, OLG 2/75 ff.
111. RGRK zu § 1360.

2. Eccius in DJZ 01/111, David im „Recht“ 00/187 ff, OLG 15/399, Planck zu § 1361, Mathiass S. 576 u. a. Diese gehen richtig davon aus, daß der Schutz der Frau hier eine rechtliche und sittliche Notwendigkeit ist. Rechtlich sei die Lage so, daß der Mann durch seine Weigerung in Verzug gerate und nach § 286 schadensersatzpflichtig werde, wobei der Ersatz durch eine Geldrente zu erstatten sei. Auch über § 280 kommen einige der Genannten zu einer Schadensersatzpflicht, da der Mann als Schuldner die Unmöglichkeit seiner Leistung zu vertreten habe. Wie bei jeder anderen schuldhaft nicht erfüllten Verbindlichkeit werde der Mann auch hier schadensersatzpflichtig. Gemäß § 251 komme als Form des Ersatzes die Geldentschädigung in Frage. Da hier der Umfang des Schadens jederzeit feststellbar sei, brauche der gesamte Schadensablauf nicht erst abgewartet zu werden. — Hierin liegt die Schwäche dieser Konstruktion. Ein Ersatz künftigen Schadens läßt sich in dieser Weise nicht rechtfertigen; denn, da es sich in der Regel um zukünftigen Unterhalt handelt, liegt eine Schädigung noch gar nicht vor, während ein Schadensersatz wegen Verzuges wieder nur für die Vergangenheit in Frage kommt (112). Diese Schwäche zeigt sich besonders im Hinblick auf die Herausgabe der Sachen gemäß § 1361 Abs. I, wo jene sich mit einer Herausgabe analog der Bestimmung des § 1361 Abs. I Satz 2 aushelfen müssen.
3. Opet-Blume § 1360; Seuff. Arch. 61/178 wollen § 1360 Abs. III anwenden und eine Geldrente gewähren. Dagegen spricht, daß diese Gesetzesstelle eine noch bestehende eheliche Gemeinschaft voraussetzt (113). Dasselbe gilt für die Ansicht von Pfennig (114), der nach Treu und Glauben § 1360 Abs. I anwenden will.
4. Staudinger § 1361; Neumann und Schmidt ebenda: Diese wenden weder § 1360 noch § 1361 an. Der unterhaltsberechtigte Ehegatte soll auf Scheidung klagen, worauf § 627 ZPO anzuwenden wäre, oder Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens erheben und dann eine Geldrente durch einstweilige Verfügung beantragen. — Diese Regelung ist unbefriedigend und stellt eine Verlegenheitslösung dar.

Der streitige Fall der Weigerung seitens des unterhaltspflichtigen Gatten ist vom Gesetzgeber nicht berücksichtigt. Diese Gesetzeslücke ist durch analoge Anwendung des § 1361 zu schließen. Das Reichsgericht

112. Vgl. Staudinger zu § 1360; Wetzel S. 143.
113. Recht 04 Nr. 2249;
114. Recht 04 S. 13.

hat im Urteil vom 8. April 1914 (115) treffend dargelegt, daß § 1361 einen Redaktionsfehler enthalte: aus den Protokollen (115) ergebe sich, daß in § 1361 zwei verschiedene Bestimmungen vereinigt worden seien. Ursprünglich sei von der Kommission nur der Fall behandelt worden, daß unter den Ehegatten keine häusliche Gemeinschaft bestehe und der Unterhaltsberechtigte die Herstellung verweigern dürfe. Dann sei aber noch der Fall mit einbezogen worden, daß der unterhaltspflichtige Ehegatte die Herstellung verweigern dürfe und verweigere. Diese beiden Fälle hätten in der heutigen Fassung des § 1361 „leben die Ehegatten . . . verweigern darf und verweigert . . .“ zum Ausdruck kommen sollen. Das Gewollte sei aber insofern nicht zum Ausdruck gekommen, als man übersehen habe, daß der unterhaltsberechtigte Ehegatte, der eine Berechtigung zur Trennung habe, unabhängig davon, welcher Ehegatte das Zusammenleben verweigere, den Anspruch auf eine Geldrente haben sollte, während der unterhaltspflichtige, berechtigterweise getrenntlebende Ehegatte nur im Falle seiner eigenen Weigerung zur Zahlung einer Geldrente verpflichtet sei. Daraus folgert das RG, daß dem unterhaltsberechtigten Gatten, falls dieser ein Weigerungsrecht habe, der Anspruch aus § 1361 auch dann zustehen müsse, wenn nicht er, sondern der andere Ehegatte die Herstellung verweigere. Solange aber der unterhaltspflichtige Ehemann in solchen Fällen ein ernstlich gemeintes Herstellungsverlangen nicht äußere und beweise, solange habe die Frau ein Verweigerungsrecht im Sinne von § 1361 S. 1. — Schon in früheren Entscheidungen (116) hat das Reichsgericht in allen diesen Fällen § 1361 angewendet und zwar in erweiternder Auslegung, zu der es auf Grund allgemeiner Erwägungen und durch Heranziehung der Kommissionsprotokolle kommt. Die Ansicht des RG geht in diesen Entscheidungen vor allem dahin, daß der unterhaltspflichtige Ehegatte dem Verstoßenen oder grundlos Verlassenen deshalb eine Geldrente zu gewähren habe, weil er dies ja nach § 1361 sogar tun müsse, wenn er selbst einen berechtigten Grund zum Getrenntleben habe. § 1361 müsse also auf derartige Fälle ausgedehnt werden (117). Dieser Rechtsprechung des RG und ihrer Begründung, welche den unterhaltsberechtigten Ehegatten vor Willkür schützt, ist vollauf zuzu-

115. RG v. 8. 4. 1914 in Warneyer Erg. Bd. 1914 Nr. 192 S. 272. — Prot. IV 110, 451, 135.

116. Vgl. RG in JW 02 Beil. 215; 05/203; Recht 1910 Nr. 1264; Warn. Erg. Bd. 1914 Nr. 192 .

117. Ebenso Rspr. OLG 2/76 f 331; 4/84; 7/101; 12/300, 12/301, 18/255; Seuff. Arch. 61/178, 70/28; auch Crome, Enneccerus, Wetzel; vgl. auch Wieruszowski S. 74 f.

stimmen; der unterhaltspflichtige Ehemann, welcher sich ohne Berechtigung trennt, hat der Frau eine Rente analog § 1361 zu gewähren, ihr auch die zu einem gesonderten Haushalt notwendigen Gegenstände herauszugeben.

§ 15

Was die Rechtsnatur des Unterhaltsanspruchs anlangt, so bezeichnet das Gesetz selbst die eheliche Unterhaltspflicht in Art. 199 des Einf. Ges. zum BGB als eine persönliche Rechtsbeziehung, während § 1345 BGB sie unter die vermögensrechtlichen Beziehungen rechnet (118). Der Ursprung der Unterhaltspflicht liegt im Personenrecht. Ihre Verwirklichung geht auf eine vermögensrechtliche Leistung. Diese Doppelnatur hat lediglich auf prozessualem Gebiet erheblichere Bedeutung. Das BGB betont jedenfalls durch die Einordnung ins Familienrecht den familienrechtlichen Charakter. Daraus ergeben sich gewisse Folgerungen: Die getrenntlebende Frau kann nicht wie die geschiedene durch Vertrag auf ihren Unterhaltsanspruch verzichten, weder ganz noch teilweise. Das wäre unzulässig, der Vertrag nichtig (119). Der Anspruch ist infolge seiner Zweckbestimmung höchst persönlich und daher der Pfändung nach § 850 Abs. I Ziffer 2 ZPO entzogen, folglich findet auch keine Aufrechnung (§ 394) statt — der Mann kann also wegen Forderungen gegen die Frau nicht die Rente kürzen —, auch die Abtretung ist nicht zulässig (§ 400). Der Anspruch kann ferner auch nicht mit einem Nießbrauch oder Pfandrecht belastet werden (§ 1069 Abs. II, § 1274 Abs. II). - Die Unterhaltspflicht erlischt mit dem Tode eines Ehegatten; § 1360 Abs. III i. V. m. § 1615 Abs. I 1. Halbsatz (120). — Bei einer Konkurrenz der Unterhaltspflicht der Ehegatten mit der der Verwandten geht jene vor, § 1608 Abs. I S. 1; Abweichung im Falle des Abs. I S. 2. Der Unterhaltsanspruch der Gatten steht, da die Ehegatten mit den minderjährigen unverheirateten Kindern die Familie im engeren Sinne bilden, dem dieser Kinder gleich, dem aller übrigen Verwandten geht er vor; § 1609 Abs. II S. 1 (121) (122).

---

118. RG in DJZ 1901/98.
119. Vgl. §§ 1360 Abs. III, 1614; JW 05/682.
120. Vgl. Ausnahme § 1615 Abs. I Halbsatz 2 i. V. m. § 1360 Abs. III S. 2. — Betr. Beerdigungskosten vgl. § 1615 Abs. II i. V. m. § 1360 Abs. III S. 2; vgl. 1968. Dazu RGZ 46/67, 48/6. — Wenn Dritter den Unterhaltspflichtigen getötet hat, vgl. 844 Abs. II.
121. Im übrigen vgl. zum Zusammentreffen mit anderen Unterhaltsansprüchen §§ 1360, 1608, 1607 Abs. II entsprechend, 1609. Die Vorschriften der §§ 1601 ff gelten nur für Verwandte im Sinne

2. Kapitel

Die Rechtsverhältnisse bezüglich der Kinder

§ 16

Das Bürgerliche Gesetzbuch läßt in seiner allerdings recht unzureichenden Behandlung der Rechtsverhältnisse bezüglich der gemeinsamen Kinder den Grundsatz erkennen, daß die Trennung auf die bisherigen Rechtsverhältnisse keinen Einfluß haben soll. Gerade in diesem Punkte zeigt sich ganz besonders die früher schon hervorgehobene Tatsache, daß der Gesetzgeber der Institution des Getrenntlebens nicht die erforderliche und genügende Aufmerksamkeit geschenkt hat, worauf auch zahlreiche Unklarheiten zurückzuführen sind, welche im Hinblick auf die Person der Kinder bedauerlich bleiben müssen. So enthält das BGB z. B. über den persönlichen Verkehr der Eltern mit den Kindern, eine der praktisch wichtigsten Fragen dieser Lehre, nur eine einzige Vorschrift, § 1636. Danach behält im Falle der Scheidung derjenige Ehegatte, welchem die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht, die Befugnis, mit dem Kinde persönlich zu verkehren, wobei das Vormundschaftsgericht den Verkehr näher regeln kann. Sonst sagt das Gesetz über eine besondere Regelung außerhalb bestehender häuslicher Gemeinschaft garnichts. Der genannte Schluß, daß bezüglich der Kinder grundsätzlich alles beim Alten bleibt, ist notgedrungen aus diesem Mangel besonderer Regelung zu schließen, insbesondere auch der Tatsache zu entnehmen, daß außer der veränderten Unterhaltsgewährung alle übrigen familien- und verwandtschaftsrechtlichen Bestimmungen in Kraft bleiben. Wie bei bestehender häuslicher Gemeinschaft verbleibt also dem Vater die elterliche Gewalt über die Kinder, ferner auch die Verwaltung und Nutznießung an deren Vermögen; §§ 1627, 1630 ff. Da die Handhabung der elterlichen Gewalt die gleiche bleibt (123), besitzt auch die Mutter nach wie vor, wenigstens theoretisch das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, wie das ihre Nebengewalt gemäß § 1634 vorsieht. Praktisch ergeben sich jedoch erhebliche Schwierigkeiten bei der Ausübung dieser elterlichen Gewalt, da das Kind eben nur bei einem

---

des § 1589, also nicht für das uneheliche Kind. Nach Scheidung und Wiederverheiratung: vgl. §§ 1579 Abs. I (1350/1; 1579); 1578–82, ferner 1608 Abs. II, 1609 Abs. II 2 (1586, 1575). Als Einrede: bei Schenkung §§ 518, 519, 528/9 (1613, 1615), bei Schadensersatz §§ 827, 828 Abs. II, 829.

122. Weitere anwendbare Vorschriften des Verwandtschaftsrechts § 1605 i. V. m. § 1303; §§ 1613, 1614.

123. RGZ 55/421 u. a.

der getrenntlebenden Elternteile sein kann, wodurch die Gewalt des anderen reichlich illusorisch wird. Die Regelung dieser Fälle gestaltet sich bei der Dürftigkeit des Gesetzes recht schwierig, wie in folgendem zu zeigen sein wird.

Schon die Frage, bei welchem Elternteil ein gemeinsames Kind bleiben soll, wird in den seltensten Fällen von den Eltern selbst auf gütliche Weise geregelt werden, und ein Einschreiten des Vormundschaftsgericht gemäß § 1666 auch nicht sehr häufig den Streit beenden. Ausgangspunkt ist hier, daß der Vater auf Grund seines Eltern- und Fürsorgerechts die Herausgabe des Kindes von jedem, auch von der Mutter gemäß § 1632 verlangen kann, wenn ihm dasselbe widerrechtlich vorenthalten wird. Die Mutter kann sich demgegenüber nicht auf ihr eigenes Fürsorgerecht, welches ihr zwar auch einen Herausgabeanspruch gegen jeden ihr das Kind ohne Berechtigung Vorenthaltenden gibt, berufen, da dieses Recht dem väterlichen Herausgabeanspruch gegenüber versagen muß. Die Mutter hat nämlich insoweit nur die Nebengewalt über das Kind, ihr Fürsorgerecht steht n e b e n dem des Vaters, dessen Meinung auch bei einer Meinungsverschiedenheit vorgeht. Die Mutter kann ebensowenig das Kind kraft ihres Neben-Fürsorgerecht vom Vater herausverlangen, da die von diesem geübte Vorenthaltung keine widerrechtliche ist, insofern als er sich auf sein vorgehendes Recht stützen kann. Das wird der Regelfall sein.

Nun kann aber in anderen Fällen die Mutter auch gegen den Vater mit ihrem Herausgabeanspruch durchdringen bezw. dessen Herausgabeanspruch zurückweisen, so vor allem dann, wenn der Vater die elterliche Gewalt und damit auch das Fürsorgerecht verloren, damit aber die Mutter zugleich vorgehende elterliche Gewalt erworben hat; §§ 1676/7, 1680, 1685 BGB. Das gilt auch gegenüber dem Herausgabeanspruch des Vaters, wenn das Vormundschaftsgericht gemäß § 1666 eingeschritten war, weil das geistige und leibliche Wohl des Kindes gefährdet erschien. Auch hier ist die Vorenthaltung des Kindes durch die Mutter keine widerrechtliche mehr, nachdem das ihrem Recht vorgehende Fürsorgerecht des Vaters vernichtet ist. Sie kann also die Herausgabe des Kindes mit Recht verweigern bezw. ihrerseits von dem Manne im Klagewege beanspruchen, da nur noch ihr eigenes Fürsorgerecht besteht, aus welchem sie nun auch dem Vater gegenüber ihren Herausgabeanspruch ableiten kann (124). Wieder in anderen Fällen wird eine Vorenthaltung im Sinne des § 1632 garnicht gegeben sein, nämlich wenn die Mutter keinerlei tatsächlichen oder psychologischen Druck auf das Kind

124. Vgl. H e d e m a n n im Recht 07/97.

ausübt, dieses sich freiwillig der Mutter anschließt, die ihr z. B. nur Wohnung und Unterhalt gewährt, aber den Aufenthalt im übrigen völlig freistellt (125).

Da die widerrechtliche Vorenthaltung Voraussetzung des Klageanspruchs ist, trifft den Vater die Beweislast sowohl für die Vorenthaltung als auch für die Widerrechtlichkeit, wobei im Regelfalle allerdings zu seinen Gunsten die Widerrechtlichkeit der Vorenthaltung angenommen werden muß. Die beklagte Mutter wird demgegenüber ihr Bestreiten durch Tatsachen begründen müssen, deren Widerlegung dem klagenden Ehemann obläge (126).

Neben der schon erwähnten Entscheidung des Vormundschaftsgerichts gemäß § 1666 wird auch häufig eine einstweilige Verfügung des Prozeßgerichts gemäß § 627 ZPO, wenn die Ehegatten während des Scheidungsprozesses getrennt leben, die Widerrechtlichkeit ausschließen. Ferner kommt hier ein eventuell zwischen den Ehegatten geschlossener Vertrag in Frage, der aber nur unter dem Gesichtspunkte der Schikane gemäß § 226 BGB Bedeutung erhalten kann. Der Vertrag als solcher kann den Vater nicht unbedingt binden. Dieser kann jederzeit sein Kind herausverlangen. Wenn er dies aber ohne jeden Grund tut, nur um damit die Frau oder das Kind oder beide gleichzeitig zu schädigen, so ist sein Anspruch, wenn die Verhältnisse des einzelnen Falles die Schikane ergeben, abzuweisen, wobei allerdings zu beachten ist, daß nicht in jedem Falle in der Schikane gegenüber der Frau auch zugleich ein Mißbrauch der elterlichen Gewalt gegenüber dem Kinde zu liegen braucht. — Die Mutter kann auch gegen den Herausgabeanspruch nicht einwenden, daß er verjährt sei, weil dieser Anspruch gemäß § 194 Abs. II der Verjährung nicht unterliegt (127).

Sehr umstritten ist eine Rechtsprechung des Reichsgerichts, welche der Mutter gegenüber dem Herausgabeanspruch des Mannes eine Einwendung aus § 1354 gibt (128). Das RG stützt sich dabei im wesentlichen auf zwei Argumente: Ausgehend von den Vorschriften der §§ 1627, 1630 f insbesondere § 1634, stellt das RG fest, daß der Mutter, die während der Ehe für die Person des Kindes zu sorgen berechtigt und verpflichtet sei, diese Sorge kraft eigenen Rechts zustehe, wie sie auch beiden Ehegatten gemeinsam zukomme (129). Die Pflege

125. Rspr. OLG 4/109.
126. Vgl. Mot. V 732 ff.
127. Auch ein Rückbehaltungsrecht kommt nicht in Frage, da das Kind keine Sache ist; vgl. Staudinger zu § 1632.
128. Vgl. die grundlegende Entscheidung RGZ 55/419 f; ferner Hedemann im Recht 07/97 f.
129. Vgl. Mot. IV 754.

und Erziehung des Kindes sei neben anderen eine das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffende Angelegenheit, wobei in Streitfällen gemäß § 1634 Abs. II die Meinung des Vaters vorgehe. Mangels einer Einschränkung sei nun aber nicht der Schluß berechtigt, daß es immer und ausschließlich auf den Willen des Vaters ankomme, vielmehr seien Mutter und Kind gegen Übergriffe geschützt, das Kind gemäß § 1666, die Frau gemäß § 1354. Danach kann die Frau sich gegen die Entscheidung des Mannes wehren, sofern diese einen Mißbrauch seines Rechts darstellt. Ein solcher Mißbrauch sei aber anzunehmen, wenn der Mann außerhalb des Falles des § 1666, welcher das Kindesinteresse unmittelbar treffen würde, etwas zur angeblichen Sorge für das Kind anordne, nur um einen unberechtigten Zwang auf die Frau, welche berechtigterweise getrennt lebt, auszuüben. Das RG betont dann ferner, daß sich derjenigen Ehefrau, welche die Herstellung des ehelichen Lebens mit Recht verweigere, hinsichtlich des Rechtsverhältnisses zu den Kindern nicht der Schutz versagen lasse, welcher der auf Scheidung klagenden Frau nach §627 ZPO und der geschiedenen nach §§ 1635/6 zukomme. Es bestehe kein Bedenken, ihr diesen Schutz unter Anwendung der für das eheliche Leben bestimmten allgemeinen Vorschrift des § 1354 Abs. II zu gewähren.

Das Reichsgericht kommt mit dieser Ansicht der die Herausgabe des Kindes verweigernden Ehefrau sehr weit entgegen, wobei es der Mutter aus den Interessen des Kindes heraus eine Einwendung gibt, die nicht zu billigen ist. Der Ansicht des RG liegen zum Teil praktisch berechtigte Motive zugrunde, die z. B. für ein — später noch zu behandelndes — Erziehungs- und Verkehrsrecht auch der getrenntlebenden Mutter unbedingt durchschlagend sind. So meint das RG, einer Ehefrau, die mit Recht die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft verweigere, dürfe auch hinsichtlich des Verhältnisses zu den Kindern der Schutz nicht versagt werden, welcher der auf Scheidung klagenden Ehefrau nach § 627 ZPO und der geschiedenen nach §§ 1635/6 gewährt sei. Das ist grundsätzlich richtig; man kann dem nicht entgegenhalten, daß die Frau, der ein Recht auf Scheidung zustehe, sich ja scheiden lassen könne, wie es auch nicht dringendes Erfordernis der Billigkeit sei, daß sie auch ohnedies die Kinder behalten könne. Die Grundtendenz der Ansicht des RG ist zu begrüßen. Es besteht somit ein Gebot der Billigkeit, die getrenntlebende Mutter irgendwie zu schützen, zumal dann, wenn die Frau mit guten Gründen, wie früher gezeigt, von ihrem Recht auf Scheidung keinen Gebrauch macht. Das Reichsgericht geht aber zu weit, wenn es aus dem erwähnten Gesichtspunkt heraus die Kinder völlig im Besitz der Mutter lassen will; es übersieht dabei, daß bei der Trennung die dazu berechtigte Frau nicht unbedingt einen Scheidungsgrund haben muß;

schon ein Mißbrauch genügt, so daß der Rückschluß aus §§ 1655/6 für diesen Fall in jenem Ausmaße als zu weitgehend angesehen werden muß. Aber selbst gesetzt den Fall, die Frau hat einen Scheidungsgrund, der in einem Scheidungsprozeß eine Alleinschuldigerklärung des Mannes ergeben und der Frau die Kinder einbringen müßte, so kann daraus nicht ohne weiteres ein alleiniges Besitzrecht, welches die Frau einredeweise in analoger Anwendung durchsetzt, hergeleitet werden (130); dabei würde übersehen, daß die Ehegatten ja die konsequente völlige Scheidung vermeiden wollen, insbesondere die Frau auf den letzten Trennungsstrich, praktisch also auf die Ausübung eines ihr zustehenden Rechtes verzichtet. Für diesen von der Frau selbst gewählten Zustand besteht aber nun einmal grundsätzlich die elterliche Gewalt oder auch, um dieses Wort zu gebrauchen, die elterliche Gewaltenteilung wie im Falle bestehender ehelicher Gemeinschaft. Der Vater hat demgemäß noch den vorgehenden und hauptsächlichen Anteil an der elterlichen Gewalt. Will die Frau aber alle Gewalt haben, dann kann ihr mit Recht gesagt werden, sie solle sich scheiden lassen. Das alles übersieht das RG, wenn es der Frau ohne weiteres die genannte Einwendung gegenüber dem Herausgabeanspruch des Mannes geben will. Wenn die Frau die Kinder besitzt, dann besitzt sie eben zuviel.

Der zweite Grund des RG stützt sich auf die Bestimmung des § 1354. Hierzu stellt das RG mit Recht fest, daß der Wille des Mannes nicht unter allen Umständen ausschlaggebend sein muß. Die Interessen des Kindes würden insoweit durch § 1666 geschützt, die der Frau durch § 1354. Danach gilt dem Kinde gegenüber die Meinung des Vaters, solange nicht § 1666 gegeben ist; bezüglich der Frau aber könne ein Mißbrauch des Rechtes vorliegen, wenn der Mann die Anordnung in Bezug auf das gemeinschaftliche Kind treffe, nicht um für das Kind zu sorgen, sondern um einen unberechtigten Zwang auf die Frau, welche die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft mit Recht verweigere, auszuüben. Dieser nirgends im Gesetz begründeten Verknüpfung der Interessen von Mutter und Kind kann nicht gefolgt werden. Es muß schon zweifelhaft erscheinen, ob das elterliche Fürsorgerecht eine das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffende Angelegenheit im Sinne des § 1354 ist. In der praktischen Ausübung mag das der Fall sein, aber rechtlich ist es doch so, daß z. B. beim Getrenntleben Angelegenheiten, welche das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffen, nicht mehr bestehen können, während die gemeinsame

130. Vgl. RG JW 1913/646; vgl. zu RG 55/419 KG in JW 32/1386. (2)

131. Vgl. Staudinger § 1634.

elterliche Gewalt unstreitig noch besteht (131). Aber selbst unter der Annahme, es handle sich um eine Angelegenheit i. S. des § 1354, ist der Frau eine solche Einwendung nicht zu gewähren, weil Interessen des Kindes nicht zwischen den Ehegatten ausgespielt werden sollen, außerdem aber Kind und Gattin anderweit hinreichend geschützt sind. Es bestehen doch folgende Möglichkeiten:

Die getrenntlebende Ehefrau besitzt das Kind, ohne doch einen der früher behandelten Gründe für sich zu haben; der Herausgabeanspruch des sich auf sein noch geltendes vorgehendes Elternrecht stützenden Ehemannes muß durchdringen.

Oder der Mann hat in stillschweigendem oder ausdrücklichem Einvernehmen der Frau zunächst das Kind überlassen, fordert nun aber plötzlich die Herausgabe, angeblich um für das Kind zu sorgen, in Wirklichkeit aber, um auf die Frau einen unberechtigten Zwang auszuüben (das ist der Fall der streitigen RG-Entscheidung). Dann kann die Frau sich gemäß § 226, wie früher geschildert, helfen, ohne § 1354 in Anspruch zu nehmen.

Oder der Mann fordert das Kind von der Frau heraus, ohne doch genügend dafür sorgen zu können; dann kann die Frau das Vormundschaftsgericht gemäß § 1666 in Tätigkeit setzen und sich die Sorge für das Kind übertragen lassen, womit ihre im Hinblick auf den Mann geübte Vorenthaltung des Kindes keine widerrechtliche mehr ist. Wo aber § 1666 nicht gegeben ist, dürfte dem Vater sein auch beim Getrenntleben vorgehendes Recht nicht zu versagen sein, wenn er für das Kind, das in keiner Weise leiden soll, ausreichend sorgt. Will die Mutter, auf ihr Scheidungsrecht und die Alleinschuld des Mannes pochend, mehr erreichen, so soll sie sich scheiden lassen, wenn ihr das noch zu behandelnde Verkehrsrecht nicht genügt.

Daß das RG der Mutter, ohne die grundsätzliche Regelung für den Fall des Getrenntlebens zu beachten, zu weit entgegenkommt, zeigt sich aber noch am folgenden: Besitzt der Vater das Kind, wird auch das RG kaum der Mutter einen Herausgabeanspruch aus § 1354 i. V. m. § 1666 geben wollen; das ist doch unmöglich. Wenn nun der Mutter aber im umgekehrten Falle ein Einwand gegen den Herausgabeanspruch des Mannes zusteht, so müßte sie schleunigst dem Vater das Kind gewaltsam oder mit List entführen, da sie dann das Kind behalten dürfte! Hier tritt der Irrtum der reichsgerichtlichen Entscheidung klar zutage (132). Der Mutter ist demnach ein Einwand aus § 1354, daß das Herausgabeverlangen des Vaters einen Mißbrauch der elterlichen Gewalt enthalte, gegen den Herausgabeanspruch des Mannes nicht zu gewähren.

---

132. Ähnlich wie RG v. Blume S. 520 ff.

Der Herausgabeanspruch gemäß § 1632 ist im Prozeßwege geltend zu machen (133). Das Vormundschaftsgericht kann nur im Falle des § 1666 eingreifen, allerdings auch auf Veranlassung eines Elternteiles, wenn dieser den Mißbrauch der elterlichen Gewalt gegenüber dem Kinde meldet und um Übergabe des Kindes an ihn selbst bittet (134). Gemäß § 627 ZPO ist das Prozeßgericht — auch das um Ehescheidung angerufene Prozeßgericht für die Dauer des Prozesses — befugt, im Wege der einstweiligen Verfügung vorläufig den Verbleib des Kindes bei dem einen oder anderen Ehegatten anzuordnen (135). Die Befugnis des Vormundschaftsgerichtes, gemäß § 1666 einzuschreiten, wird dadurch nicht berührt (136). Dabei stehen sich die Anordnungen des Prozeßgerichts und des Vormundschaftsgerichts grundsätzlich gleichberechtigt gegenüber, gewisse Verwicklungen sind also möglich, falls die Entscheidungen sich widersprechen. Da auch für die Entscheidung des Prozeßgerichts das Interesse des Kindes berücksichtigt werden muß, wird praktisch ein solcher Widerspruch selten sein (137). Besteht aber ein Widerspruch, so ist der Anordnung des Vormundschaftsgerichts der Vorzug gegeben, da sie der einstweiligen Verfügung gemäß § 627 ZPO eine gewisse Dauerhaftigkeit der Entscheidung, zumal sie nach eingehender Prüfung der gesamten tatsächlichen Verhältnisse erfolgt, voraus hat, und gerade der erwähnten und ins einzelne gehenden Vorprüfung wegen den Vorzug der Gründlichkeit hat. Schließlich muß in allen diesen Fällen die Wahrung des Kindesinteresses oberster Grundsatz sein.

Damit ist zunächst die Frage geklärt, welcher der Ehegatten im Falle des Getrenntlebens die Kinder erhält, grundsätzlich der Mann, unter bestimmten Voraussetzungen die Frau. Es bleibt demnach die Frage, wieweit der andere Gatte noch ein Verkehrs- oder Miterziehungsrecht an den gemeinschaftlichen minderjährigen Kindern hat. Zuvor sei aber an dieser Stelle auf die schon früher kurz gestreifte Unterhaltspflicht bezüglich der Kinder nochmals hingewiesen. Sie kommt dann in Betracht, wenn die getrenntlebende unterhaltsberechtigte Mutter auch die Kinder bei sich hat. Der Unterhaltsanspruch aus §§ 1360/1 steht doch dem unterhaltsberechtigten Ehegatten, regelmäßig also der Frau, ohne Rücksicht auf den bestehenden ehelichen Güterstand zu. Aber nur für ihre persönlichen Bedürfnisse. Den Unterhalt der bei ihr weilenden Kinder kann sie nur dann gegen den

133. RGZ 46/170; Recht 00/491.
134. Vgl. für Preußen Art. 117 Pr. FGG.
135. Betr. Vollstreckung vgl. §§ 883, 888 ZPO.
136. Vgl. Mot. IV 638; RGZ 63/279, Rspr. OLGIV/103 ff.
137. Vgl. KG in OLG 14/25 ff, 21/257 ff RG JW 05/437.

Mann einklagen, wenn sie gesetzliche Vertreterin derselben ist (138). Hier helfen aber die Vorschriften über den „ehelichen Aufwand“ aus, durch die bestimmt ist, welcher Vermögensmasse jener Aufwand zur Last fällt. Das ist bei dem Güterstand der Verwaltungsgemeinschaft (§ 1389) und dem der Gütertrennung (§ 1427) das Vermögen des Mannes, bei den Güterständen der allgemeinen Gütergemeinschaft (§ 1458), der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1529) und der Fahrnisgemeinschaft (§§ 1549, 1458) das Gesamtgut. Zum „ehelichen Aufwand“ ist aber neben den übrigen durch das eheliche Gemeinschaftsleben entstehenden Kosten vor allem der Unterhalt der Ehegatten und der gemeinschaftlichen Kinder zu rechnen (139). Die Vorschriften über die Unterhaltspflicht (§§ 1360 f, 1601) erleiden durch die Bestimmung über den ehelichen Aufwand weder Einschränkung noch Erweiterung (140). Da aber der Mann der Frau gegenüber zur Tragung des ehelichen Aufwandes beim gesetzlichen Güterstand und der Gütertrennung unmittelbar, bei den übrigen Güterständen, die dem Manne die alleinige Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Gesamtgut geben, mittelbar verpflichtet ist (141), hiernach auch den Unterhalt der Kinder bestreiten muß, so ist die Frau berechtigt, auch ohne gesetzlich bestellter Vertreter der Kinder zu sein, den Unterhalt der Kinder im eigenen Namen geltend zu machen; sie muß dabei aber Zahlung an die Kinder, nicht sich selbst verlangen (142).

§ 17

Es wurde schon früher darauf hingewiesen, daß das BGB überhaupt nur in einer einzigen Vorschrift zum Verkehr der Kinder mit den Eltern Stellung nimmt, § 1636. Lange Zeit war unbestritten, daß § 1636 ebenso wie § 1635 nur für den Fall rechtskräftiger Scheidung der Eltern gelte, also auch zur Regelung des Verkehrs eines nicht geschiedenen, aber getrenntlebenden Gatten mit den bei dem anderen Ehegatten befindlichen Kindern das Vormundschaftsgericht nicht zuständig sei (143). Demgegenüber hat sich das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 18. 6. 1908 (RGZ Bd. 64 S. 97 ff; vgl. RGZ Bd. 63 S. 236 ff) auf einen entgegengesetzten Standpunkt gestellt, dem sich späterhin fast die gesamte Rechtsprechung angeschlossen hat, während die Literatur

138. Vgl. RGRK zu § 1361, Staudinger § 1360 Rspr. OLG 18/261.
139. Vgl. Staudinger § 1389, RGRK § 1389.
140. Vgl. Staudinger § 1389.
141. Wieruszowski S. 63.
142. Vgl. Wieruszowski S. 99a; Planck zu § 1389.
143. Vgl. KG im „Recht“ 05 Nr. 2063; Staudinger zu § 1636 auch RG in JW 02 Beil. S. 207.

ihn zum großen Teil stark bekämpft. In dem erwähnten Rechtsstreit führte zunächst das Kammergericht aus, daß die Vorschrift des § 1636 S. 2 der Ausdruck eines gesetzgeberischen Gedankens sei, der auch für den Fall tatsächlichen Getrenntlebens der Ehegatten zutreffe. Der Prozeßrichter sei auch garnicht imstande, die oft bis in kleinste Einzelheiten sich erstreckende Verkehrsregelung zweckmäßig und einem plötzlich eintretenden Wechsel der Verhältnisse entsprechend rasch treffen zu können. In zahlreichen Fällen habe die 2. Kommission die durch den ersten Entwurf bestimmte Zuständigkeit des Prozeßgerichts durch die des Vormundschaftsgerichts ersetzt. Die Bestimmung des § 1666 reiche nicht aus, um die danach gebotene ausdehnende Auslegung des § 1636 S. 2 entbehrlich erscheinen zu lassen.

Das Reichsgericht schließt sich den Ausführungen des KG an. Es fügt hinzu, das BGB enthalte für den Fall, daß die Meinungsverschiedenheit der Eltern sich auf die Art und Weise des persönlichen Verkehrs mit dem Kinde beschränkt, keine Vorschrift, wonach die Frau mit ihrem Schutzverlangen gerade an den Prozeßrichter gewiesen wäre. Wohl aber ergebe sich aus mehrfachen Bestimmungen, daß sowohl die Ausübung der elterlichen Gewalt als auch gewisse persönliche und güterrechtliche Beziehungen der Ehegatten untereinander in wichtigen Dingen der Behandlung durch das Vormundschaftsgericht überlassen seien. Es entspreche deshalb nur dem Geiste des Gesetzes, den § 1636 S. 2 auch bei bestehender Ehe anwendbar zu erklären; für solche Fälle müsse dann aber das Vormundschaftsgericht auch als ausschließlich zuständig erachtet werden. Wie sich bei dieser Auslegung § 1636 S. 2 zu § 627 ZPO verhalte, bedürfe im vorliegenden Falle keiner Entscheidung; möge auch die Regelung des Verkehrs zwischen Eltern und Kind im allgemeinen unter die durch § 627 dem Prozeßrichter zugewiesenen „Anordnungen wegen der Sorge für die Person der gemeinschaftlichen minderjährigen Kinder“ fallen, so deute doch schon § 627 Abs. III ZPO darauf hin, daß die Regelung des Verkehrs im einzelnen dem Vormundschaftsgericht zustehe. Zum mindesten aber werde der Eherichter schon mit Rücksicht auf § 940 ZPO regelmäßig die nähere Regelung dieses Verkehrs abzulehnen haben, da das grundsätzlich hierwegen anzugehende Vormundschaftsgericht jederzeit und häufig sogar rascher als das Prozeßgericht erreichbar sei.

So das Reichsgericht (144). Seine Ansicht ist mit vielerlei Argumenten bekämpft worden (145). Grundsätzlich handelt es sich doch

---

144. Vgl. die verschied. Ansichten bei Staudinger § 1636 Bem. 5; ebenda die OLG Rspr., welche dem RG folgt. Vgl. auch RGRK § 1636 Bem. 1.

145. Vgl. insbes. Crome im Recht 1909 S. 44 ff; Gegenmeinung Engelmann im Recht 1909 S. 563 ff.

um zwei verschiedene Fragen: Ist der getrenntlebenden Mutter ein Verkehrsrecht wie der geschiedenen Frau in analoger Anwendung des § 1636 zu gewähren und, wenn ja, ist dann das Vormundschaftsgericht (§ 1636 S. 2) ausschließlich zuständig oder das Prozeßgericht oder beide zugleich, mit anderen Worten, wie verhält sich § 1636 S. 2 zu § 627 ZPO?

Unzweifelhaft kann der § 1666 zur Klärung dieser Lage nicht ausreichen; denn in den wenigsten Fällen wird die Verkehrsverweigerung zugleich eine Gefährdung des leiblichen und geistigen Wohles des Kindes darstellen. Wenn nun Rechtsprechung und herrschende Meinung (146) mit Recht annehmen, daß sich die Befugnis zum persönlichen Verkehr mit dem Kinde als ein unentziehbares und unverzichtbares Recht der elterlichen Gewalt, als ein Recht der durch die elterliche Gewalt gegebenen Personenfürsorge, nicht als ein auf dem bloßen Verwandtschaftsverhältnis beruhendes Recht darstellt, dann wird auch der getrenntlebenden Ehefrau insoweit der Schutz nicht zu versagen sein, welchen man der geschiedenen Frau gemäß § 1635/6 gewährt. Die mit Berechtigung getrenntlebende Mutter soll nach wie vor an der Erziehung der in der Obhut des Vaters befindlichen Kinder beteiligt sein; denn die väterliche Erziehung kann nach der Ansicht des Gesetzgebers die der Mutter nicht völlig ersetzen, und wäre sie noch so gut. Da dem Vater das Kind nicht genommen werden kann, wird sich für die Mutter meist praktisch kaum mehr als der durch den persönlichen Verkehr mit dem Kinde vermittelte Erziehungseinfluß durchsetzen lassen. Es besteht also ein dringendes Gebot der Billigkeit, welches auch, wie das RG mit Recht feststellt, im Geiste des Gesetzes seine Stütze findet, der getrenntlebenden Mutter unter den bestimmten Voraussetzungen ihr Verkehrs- bezw. Miterziehungsrecht zu sichern (147). Es ist zwar gegen das RG eingewendet worden, daß es doch gefährlich sei, eine Ausnahmevorschrift analog ausdehnen zu wollen (148). Angesichts der völlig unzureichenden gesetzlichen Regelung der vorliegenden Fragen sollten aber rechtspolitische und theoretische Bedenken zurücktreten, und der Mut des RG zur analogen Anwendung auch einer Ausnahmevorschrift, die aber doch einen allgemein gültigen Gedanken über die elterliche Erziehung enthält, kann nur begrüßt werden. Die Vorschrift des § 1636 S. 1 ist demnach in Verbindung mit § 1634, dessen 2. Satz hier nicht eingreift (149), auf den Fall des Getrenntlebens analog anzuwenden (150).

146. Vgl. RG 64/50 u. in JW 02 Beil. S. 207; Staudinger und Planck zu § 1634.
147. Vgl. auch RGZ 55/419.
148. Vgl. Crome a. O. S. 46.
149. Vgl. Crome, Hedemann, RG a. a. O.

Was nun die Frage der Zuständigkeit anlangt, so ist dem RG insoweit nicht ganz zu folgen, obwohl es hinsichtlich der Vorzüge der Behandlung solcher Fälle durch das Vormundschaftsgericht grundsätzlich Recht hat. Es wäre ja nun leicht, zu sagen, wenn § 1636 zur Anwendung käme, dann sei es doch auch am einfachsten, dessen Satz 2 anzuwenden und die Regelung ausschließlich dem Vormundschaftsgericht zu überlassen. Ganz so leicht hat es sich das RG nicht gemacht; so hat es eine Reihe von Zweckmäßigkeitsgründen für seine Ansicht angeführt und glaubt sich vor allem auf die sonstige Zuständigkeitsregelung für die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts stützen zu können. In einem Punkte hat es sich aber das RG doch zu einfach gemacht, nämlich wie sich die analoge Ausdehnung des § 1636 S. 2 zu § 627 ZPO verhalte. Das hätte einer näheren Untersuchung bedurft; diese Frage kann nicht einfach damit abgetan werden, daß nur die Regelung des Verkehrs zwischen Eltern und Kind „im allgemeinen", nicht aber die Regelung dieses Verkehrs „im einzelnen" als eine „wegen der Sorge für die Person der Kinder zu treffende Anordnung" anzusehen sein soll (151). Der Wunsch — praktisch durchaus wohlbegründet — ist hier der Vater des Gedankens der ausschließlichen Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts. Soweit kann dem RG aber nicht gefolgt werden; wenn nämlich das Prozeßgericht im Wege der einstweiligen Verfügung den Verkehr eines Elternteiles mit dem Kinde regeln kann (§ 627 ZPO), so kann ihm auch nicht die Befugnis abgesprochen werden, hierüber als Gericht der Hauptsache zu entscheiden. Der Rechtsweg für derartige Streitigkeiten muß als zulässig erachtet werden (152). Hinzu kommt, daß das Gesetz im § 1636 S. 2, was viel zu wenig beachtet wird, sagt: das Vormundschaftsgericht *kann* den Verkehr näher regeln. Eine ausschließliche Zuständigkeit kann daraus wohl schlecht entnommen werden, vielmehr ein Fingerzeig, wie die somit festgestellte Zuständigkeit des Vormundschafts- als auch des Prozeßgerichts praktisch befriedigend gegeneinander geregelt werden kann. Dabei können auch die vom RG angestellten praktischen Erwägungen hinreichend berücksichtigt werden, vor allem, daß das Vormundschaftsgericht unleugbar jederzeit und häufig sogar rascher erreichbar ist, ferner auch die Einzelheiten des zu regelnden Verkehrs besser bearbeiten und würdigen kann. Wenn das RG in diesem Zusammenhang auf § 940 ZPO Bezug nimmt und damit sagen will, daß der Erlaß einer einstweiligen Verfügung nicht nötig sei, weil das Vormundschaftsgericht angegangen werden könne,

150. Die vom RG abweichende Begründung durch *Crome* wird von *Engelmann* z. T. treffend widerlegt. vgl. diese a. a. O.
151. Vgl. Mot. IV S. 638.
152. Vgl *Engelmann* a. a. O. S. 569.

so hat es Recht; aber das schließt die Zuständigkeit des Prozeßgerichts nicht aus.

Nach alledem ist folgende Lösung zu geben: Das RG hat mit seiner Unterscheidung der Verkehrsregelung „im allgemeinen“ und „im einzelnen“ praktisch das Richtige, wenn auch unklar, getroffen. Wenn es aber zu einer ausschließlichen Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts kommt, so ist dem nicht zu folgen, da diese Ansicht irrig und auch in den eigenen Ausführungen des RG nicht konsequent durchgeführt ist. Es wird sich allerdings empfehlen, das Prozeßgericht nur dann mit einer Feststellungs- oder Leistungsklage in Anspruch zu nehmen, wenn der Streit die Frage betrifft, ob der Ehegatte überhaupt zum Verkehr berechtigt ist, dem Ehegatten also das Recht zum Verkehr bestritten oder wenn die Ausübung des Verkehrs tatsächlich unmöglich gemacht wird. Ist aber nur streitig, auf welche Weise der Verkehr im einzelnen zu handhaben ist, dann wird zweckmäßigerweise das Vormundschaftsgericht zu befassen sein, dem aber auch nicht die Befugnis zu entziehen ist, hier zugleich die Vorfrage nach dem Bestehen des Rechts zum Verkehr zu entscheiden (153). Ebensowenig kann aber das Prozeßgericht daran gehindert werden, nach Entscheidung der Vorfrage auch den Verkehr im einzelnen zu regeln. Doch dürfte über § 940 ZPO praktisch oft ein Ausgleich zu schaffen sein. Im Falle widersprechender Entscheidungen ist, wie früher schon ausgeführt, auf das Interesse des Kindes entscheidendes Gewicht zu legen, wobei die meist eingehende und an Sachkenntnis reichere vormundschaftsgerichtliche Entscheidung den Vorrang verdienen wird.

Endlich ist es streitig, ob auf die Vollstreckung der vom Prozeßgericht durch einstweilige Verfügung erlassenen Anordnung, daß ein Elternteil das Kind dem anderen zuzuführen hat, § 888 ZPO anwendbar ist. Das RG hat dies verneint, allerdings mit einer anfechtbaren Begründung, und § 883 ZPO für anwendbar erklärt (154). – Dem Vormundschaftsgericht steht zur Durchführung der von ihm getroffenen Anordnung das Mittel der Ordungsstrafe zur Verfügung (155). Die zu leistende Handlung ist in Einzelheiten zu bestimmen. In Preußen kann das Kind im Wege unmittelbaren Zwanges durch den Gerichtsvollzieher zugeführt werden (156). – Eine Klage auf Vollstreckung der vom Vormundschaftsgericht getroffenen Anordnung ist nicht gegeben (157).

153. Vgl. Hagemann z. Bl. FG Bd. 22/407 ff; Staudinger § 1336 Bem. 5; RGRK § 1636 Bem. 1 RG 100/178.
154. RG in JW 04/557; vgl. RG in JW 09/24.
155. Vgl. RGZ 63/241.
156. Art. 17 Pr. FGG; vgl. auch § 43 Abs. I JWG v. 9. 7. 1922, wonach das Jugendamt mit der Zuführung betraut werden kann.

3. Kapitel

Einzelne Bestimmungen des Eherechts

§ 18

Nachdem die beiden wesentlichsten Teile der Gestaltung der Rechtslage beim Getrenntleben, die Unterhaltsgewährung und die Rechtsverhältnisse bezüglich der Kinder, behandelt sind, bleibt noch eine kurze Erörterung einiger familienrechtlicher Vorschriften, soweit diese noch nicht gestreift wurden.

Das Entscheidungsrecht des Mannes gemäß § 1354 erfährt wesentliche Einschränkung, ja entfällt größtenteils. So kann der Mann zwar noch den Ehewohnort und die Ehewohnung bestimmen, nicht aber die Privatwohnung der getrenntlebenden Frau; vgl. §§ 10 BGB, 13 ZPO. Die Frau behält auch den Familiennamen des Mannes; § 1355 bleibt in Kraft. § 1356 verliert seine Bedeutung, da ein gemeinschaftliches Hauswesen nicht mehr vorhanden ist. — Das Kündigungsrecht des Mannes nach § 1358 besteht nicht während des Getrenntlebens; § 1358 Abs. II S. 3. — Die Vorschrift des § 1359 bleibt, wie früher schon erwähnt, in Kraft, ebenso die Vorschriften über das Güterrecht (158). — Bezüglich des § 1362 steht die herrschende Ansicht auf dem Standpunkt, daß die Vermutung auch im Falle des Getrenntlebens besteht (159); dem ist grundsätzlich zuzustimmen, da die Vermischung der Vermögensmasse größtenteils bestehen bleibt.

Umstritten ist endlich die Frage, ob die Schlüsselgewalt der Ehefrau gemäß § 1357 bei tatsächlicher Trennung fortbesteht oder nicht. Hier ist wohl mit der Mehrheit anzunehmen, daß die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft das Ende der Schlüsselgewalt bedeutet, da die Vorschrift des § 1357 ihrem ganzen Sinn und Zweck nach eine häusliche Gemeinschaft notwendig voraussetzt (160). Besonders gelagerten Verhältnissen im einzelnen Fall könnte durch analoge Anwendung von Vorschriften über das Auftragsverhältnis begegnet werden (161) (162).

---

157. RGZ 63/239.
158. Zu geringf. Abweichungen s. Staudinger § 1389 und Wieruszowski S. 38, 82.
159. Vgl. Komm. zu § 1362.
160. Vgl. Literat. bei Staudinger § 1356; Planck § 1357; Wetzel S. 100 ff; Wieruszowski S. 41; vgl. auch Menzel i. Sächs. Arch. Bd. 13/609 f.
161. Vgl. §§ 168, 169, 674; ferner §§ 1424, 1662, 1823. Vgl. Wieruszowski S. 43.
162. Betr. die früher behandelten Fälle des „unterbrochenen Zusammenlebens" vgl. Staudinger zu § 1357.

III. TEIL
Abweichende Regelung
1. Abschnitt
§ 19

Die Regelung der Rechtsverhältnisse getrenntlebender Ehegatten kann auch durch den Richter kraft besonderer gesetzlicher Befugnis erfolgen, ohne Rücksicht auf die im Vorangegangen behandelte gesetzliche Regelung, und zwar durch einstweilige Verfügung gemäß § 627 ZPO und nach § 1666 BGB. Die Regelung durch den Vormundschaftsrichter gemäß § 1666 ist bereits in dem vorangegangenen Kapitel mehrfach gestreift worden. Es sei hier nur nochmals kurz herausgestellt, daß dieselbe dann gegeben ist, wenn ein Elternteil das geistige oder leibliche Wohl des Kindes dadurch gefährdet, daß er das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbraucht, das Kind vernachlässigt oder sich eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht. Hier kann das Vormundschaftsgericht auf Anrufen des anderen Elternteils oder von Amts wegen einschreiten; dieses Eingreifen gemäß § 1666 kann beim Getrenntleben wie bei bestehender ehelicher Gemeinschaft erfolgen. Es handelt sich aber dabei allein um Rechtsverhältnisse der Kinder, wovon die Eltern allerdings mittelbar betroffen werden. Der Vormundschaftsrichter handelt nach freiem Ermessen im Interesse des Kindes. Die durch ihn getroffene Regelung ist für die bestehenden Verhältnisse eine endgültige; eine Änderung dieser Verhältnisse kann eine neue richterliche Regelung herbeiführen.

Auch die Möglichkeit der einstweiligen Verfügung wurde schon im Früheren behandelt. Ist ein Rechtsstreit auf Scheidung, Nichtigkeitserklärung oder Anfechtung der Ehe erhoben, so kann die Verpflichtung zur ehelichen Gemeinschaft auf Antrag eines Ehegatten durch einstweilige Verfügung des Prozeßrichters für die Dauer des Rechtsstreites nach § 627 ZPO beiden Gatten erlassen und die Unterhaltsgewährung nach § 1361 angeordnet werden. Mit Erlaß der einstweiligen Verfügung ist ja die Weigerungsberechtigung gemäß § 1361 gegeben (163). Es spielt dabei keine Rolle, ob die Klage Aus-

163. Vgl. unter II. Teil, 1. Kap.; zur Anwendung des § 627 ZPO hinsichtlich der Kinder vgl. unter II. Teil, 2. Kap.

sicht auf Erfolg hat. Die einstweilige Verfügung kann sich darauf beschränken, daß nur das Getrenntleben angeordnet wird. Die Rente gemäß § 1361 kann dann einer besonderen Vereinbarung der Ehegatten überlassen bleiben (164); sie kann andererseits nicht für die Zeit vor der Rechtshängigkeit des ihre Gewährung bezweckenden Antrages auf Erlaß der Verfügung verlangt werden (165). Die Unterhaltsgewährung kann auch durch die einstweilige Verfügung dahin abgeändert werden, daß an Stelle der in § 760 geforderten dreimonatlichen bis zum Eintritt des Urteils eine einmonatliche Gewährung festgesetzt wird. Mit dem Eintritt des rechtskräftigen Scheidungsurteils greifen nämlich die §§ 1578 ff Platz, möglicherweise könnte eine dreimonatliche Vorausgewährung der Unterhaltsrente über den Zweck der einstweiligen Verfügung hinausgehen.

Recht umstritten ist die Frage, ob die Regelung des Getrenntlebens durch vertragliche Vereinbarung zulässig ist. Es wurde schon an früherer Stelle einmal darauf hingewiesen. Einige sehen darin einen Verstoß gegen die guten Sitten § 138 (166); andere 167) kommen ebenfalls zur Nichtigkeit des Vertrages, der zwar nicht gegen die guten Sitten, aber gegen Sinn und Zweck der Ehe verstoße. Das Reichsgericht nimmt durchweg Nichtigkeit gemäß § 138 wegen Verstoßes gegen das sittliche Wesen der Ehe (§ 1353) an; es verstoße auch gegen den Sinn des BGB, welches die Ehescheidung erschweren, nicht erleichtern wolle (168). Auch eine andere Ansicht, welche es auf die gesetzliche Mindestforderungen abstellt, wurde schon behandelt (169).

Nichtigkeit eines solchen Vertrages ist doch wohl nicht ohne weiteres anzunehmen. Es kommt auf die näheren Umstände im Einzelfalle an, ob der Vertrag gültig ist. Nicht jede Vereinbarung braucht sittenwidrig zu sein, so wenn z. B. das Zusammenleben zur Qual geworden ist, aber irgendwelche begründeten Bedenken gegen eine Scheidung bestehen. Dann kann die Rechtswirksamkeit des Vertrages bis zur Besserung des Verhältnisses nicht verneint werden. Da doch zum Getrenntleben eine richterliche Entscheidung nicht nötig ist, warum soll dann die übereinstimmende Willenserklärung der Ehegatten mit Rücksicht auf Bedürfnisse und Billigkeit für die Anwendung des

---

164. Vgl. RGZ 47/379; Rspr. OLG 1/155.
165. So OLG Frankfurt im Recht 10/1138.
166. Vgl. Liebe S. 235; RGZ 61/53.
167. Vgl. Rocholl S. 113; Fischer-Henle zu § 1361 u. a.
168. RGZ 31/203, 61/53, in Gruchot 50/378 u. a. vgl. auch Mot. IV 104—106.
169. Wieruszowski S. 77.

§ 1361 nicht genügen, sofern nicht leichtfertig gehandelt wird (170)? Jeder Gatte kann allerdings seine Einwilligung durch einseitige Erklärung des Verlangens nach Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft widerrufen und damit den Vertrag unwirksam machen, da die zwingende Vorschrift des Gesetzes in § 1353 der vertraglichen Vereinbarung vorgeht. Der andere Teil ist aber eventuell durch das Verbot der Schikane geschützt.

2. Abschnitt

§ 20

Zum Schluß ist noch kurz auf die Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs einzugehen, während die Geltendmachung der Rechte bezüglich der Kinder bereits behandelt wurde. Daß im Falle des § 1361 die gewöhnliche Leistungsklage gegeben ist, wird allgemein anerkannt, da hier die Herstellung des ehelichen Lebens gerade ausgeschlossen sein soll. Streit herrscht im Hinblick auf die Doppelnatur des Unterhaltsanspruchs im Falle des § 1360. Wohl die überwiegende Meinung gründet sich darauf, daß die Unterhaltspflicht, wenn sie auch ein Ausfluß der persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten sei, doch nur auf dem Gebiete des Vermögensrechts in Erscheinung trete und nur auf eine vermögensrechtliche Leistung gehe (171). Andere (172) betonen den familienrechtlichen Charakter dieser Verpflichtung und wollen die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens angewendet wissen. Für die Anwendung der Leistungsklage sprechen vor allem Zweckmäßigkeitsgründe; vgl. §§ 1360 BGB; 612 Abs. II S. 2, 888 Abs. II ZPO. Auch die ZPO rechnet die Klage aus § 1360 nicht zu den Ehesachen; vgl. §§ 708 Zi. 6, 704 Abs. II ZPO. — Auch die Vorschriften der §§ 258 (751 Abs. I), 323 ZPO finden Anwendung (173).

---

170. Vgl. hierzu Staudinger zu § 1353; Planck zu § 1361; Seuff. Arch. 38/409.
171. Vgl. Planck zu § 1353 Vorbem. Gaupp-Stein und Seuff. zu § 602/6.
172. Vgl. Staudinger zu § 1360; Wieruszowski S. 127 ff.
173. Für den Konkurs vgl. §§ 1613 BGB, § 3 Abs. I KO, dazu Jäger KO § 3 Bem. 35 ff.
Für den Nachlaßkonkurs: §§ 1360 Abs. III, 1615 (1703) BGB und § 3 Abs. II KO.

Lebenslauf

Der Verfasser der vorstehenden Dissertation Georg Friedrich Karl-Heinz Strack ist geboren am 9. Juni 1909 in Kassel als Sohn des Lehrers Daniel Strack und dessen Frau Bertha Strack geb. Küthe (gest.). Er besuchte das humanistische Wilhelmsgymnasium zu Kassel von Ostern 1919 bis 1928, wo er im Februar die Reifeprüfung bestand.

Er studierte an den Universitäten Marburg (3 Semester), Berlin (2 Semester) und Göttingen (2 Semester) und bestand im Juni 1932 das erste juristische Staatsexamen in Kassel. Seit Juli 1932 ist er als Referendar im Bezirke des Oberlandesgerichts Kassel, zurzeit in Kassel, beschäftigt.

Die mündliche Doktorprüfung bestand er am 8. September 1934. Seinem hochverehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Franz Leonhard, in Marburg, spricht der Verfasser seinen besten Dank aus für die Anregung und Unterstützung bei der Anfertigung der vorstehenden Dissertation.